

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL SOARES LEITE

“A VONTADE LIVREMENTE EXPRESSA DOS POVOS”:  
AUTODETERMINAÇÃO E DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO DOS POVOS  
INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL

CURITIBA

2014

RAFAEL SOARES LEITE

“A VONTADE LIVREMENTE EXPRESSA DOS POVOS”:  
AUTODETERMINAÇÃO E DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO DOS POVOS  
INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado,  
no curso de Mestrado em Direito, Programa de  
Pós-graduação da Faculdade de Direito,  
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tatyana Scheila Friedrich

CURITIBA

2014

## TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL SOARES LEITE

### “A VONTADE LIVREMENTE EXPRESSA DOS POVOS”: AUTODETERMINAÇÃO E DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tatyana Scheila Friedrich  
Orientadora – Faculdade de Direito, UFPR

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Larissa Ramina,  
Escola de Direito, UNIBRASIL

---

Prof. Dr. Eduardo Bianchi Gomes  
Escola de Direito, UNIBRASIL

Curitiba, 11 de dezembro de 2014

## AGRADECIMENTOS

Essa dissertação iniciou seu período de gestação antes da aceitação do projeto de pesquisa para ingresso no curso de Mestrado oferecido pela Faculdade de Direito da UFPR e, assim, contou com diversos colaboradores nesse processo. Corro o risco de cometer injustiças ao não mencionar nomes que participaram das diversas reflexões que foram essenciais para a maturação das ideias aqui apresentadas e, portanto, peço já desculpas pelas omissões involuntárias. Todavia, devo agradecer expressamente àquelas pessoas cuja memória me compele à gratidão pelos ouvidos pacientes, pelos valorosos *insights*, pelas trocas intelectuais e também pela força e incentivo.

Agradeço primeiramente à Prof. Dra. Tatyana Scheila Friedrich, que encampou a ideia desde o início do projeto e sempre demonstrou atenção e preocupação com o desenvolvimento da pesquisa. Sua orientação foi imprescindível para que a dissertação chegasse ao acabamento ora apresentado.

Do curso do Mestrado na UFPR, também devo agradecer a todos os professores responsáveis por conduzir magistralmente as disciplinas pelas quais passei, e que ofereceram perspectivas e abordagens sobre o direito que, até então, ignorava completamente. Agradeço, assim, aos professores Ricardo Marcelo Fonseca, Vera Karam Chueiri, Sérgio Said Staut Júnior, Abili Lázaro Castro de Lima, Celso Luiz Ludwig e Luis Fernando Lopes Pereira. Agradeço especialmente à Profa. Larissa Ramina, por ter me aceitado na prática de docência e também ter contribuído com referências para essa pesquisa.

Agradeço a meus amigos da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, que merecem referência expressa por terem se engajado nas insistentes conversas iniciadas sobre o objeto desse estudo: Moisés Moura Saura, Fernando Merini, Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto, Felipe Barreto Frias, Loriane Leisli Azeredo, Luyza Marks de Almeida e Marina Coddazzi da Costa. Contemporaneamente, o amigo Guilherme Freire de Mello Barros compartilhou as angústias, dúvidas, descobertas e apertos envolvidos em passar pelo curso de mestrado e também fonte de intensas conversas acadêmicas. A todos eles, prometo arrefecer um pouco (mas não muito) os ânimos nos anos porvir quando falar sobre o tema e também espero demonstrar que as discussões não foram em vão.

Agradeço à minha família, especialmente meus pais, Geraldo José Teixeira Leite e Maria do Carmo Soares Leite, pela compreensão e incentivo para participar no mestrado e na redação dessa pesquisa. Desnecessário dizer, eles são os responsáveis primários por toda a escalada na formação educacional pela qual passei, e essa dissertação representa, atualmente, o cume dessa montanha.

À Munira, agradeço por todo o apoio e paciência durante os momentos de redação da dissertação.

Agradeço à tia Rosa, pela sua sempre disponibilidade em auxiliar e pela revisão de português e inglês do texto dessa dissertação.

Agradeço também a meus amigos, cujos laços foram amarrados lá atrás, no curso de graduação em Relações Internacionais da PUC-MG, mas que atuam com o direito internacional ou com temas afetos à essa dissertação. Agradeço especialmente a Luiz Eduardo Salles, pelos comentários valorosos sobre o direito internacional, e a André Aquino, cujos relatos de experiências com temas de desenvolvimento, meio ambiente e comunidades tradicionais trouxeram à lume algumas questões complexas em relação ao tema abordado.

*La vida es pluralidad. La muerte, uniformidad. Al suprimir las diferencias y peculiaridades, eliminando diferentes civilizaciones y culturas, el progreso debilita la vida y favorece la muerte. El ideal de una única civilización para todos, nos empobrece y mutila. Cada visión del mundo que se extingue, cada cultura que desaparece, disminuye nuestras probabilidades de vida.*

- Octávio Paz, *O Labirinto da Solidão*

*...history is not an impersonal and transcendental entity operating behind our backs. We can regulate it and, if we choose not to, the responsibility for the consequences is ours. If valuable ways of life and thought are likely to disappear or be put under intolerable pressure, we must ask if we are happy with this outcome and the increasingly homogeneous world it creates, and, if not, what we can and should do to nurture them.*

- Bhikhu Parekh, *Rethinking multiculturalism*

## RESUMO

Os povos indígenas foram reconhecidos como titulares de direitos pelo direito internacional contemporâneo. Entre esses direitos, encontram-se o direito à autodeterminação dos povos, agora estendido para abarcar os povos indígenas, e uma categoria especial de direitos políticos coletivos, aqui denominados como direitos de participação. Essa dissertação tem como objetivo compreender a relação entre esses dois direitos e o que ela pode significar para um reengajamento entre o Estado pós-colonial e os povos indígenas. A análise do direito à autodeterminação é feita a partir do contexto histórico-normativo sobre o seu desenvolvimento, antes e depois de sua inserção no direito internacional. Especial atenção é conferida à Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas, celebrada no âmbito das Nações Unidas. Também investigamos os esforços conceituais do direito internacional para definir essa categoria específica de povos indígenas, apontando as tensões e complexidades que permeiam o tema. Em seguida, apresentamos os sub-regimes de proteção internacional dos povos indígenas: o sub-regime da Organização Internacional do Trabalho (OIT); o regime internacional dos direitos humanos e o sub-regime especial em formação no âmbito institucional das Nações Unidas. O estudo dos sub-regimes é importante, uma vez que as referências a instrumentos normativos distintos e a processos de supervisão igualmente particularizados de cada sub-regime podem conduzir a leituras específicas sobre os direitos de participação. Na sequência, examinamos o conteúdo jurídico dos direitos de participação, conforme é feito pelos órgãos dos sub-regimes que mais lidam com a matéria. Na parte final, apresentamos a relação entre os direitos de participação e autodeterminação no contexto dos povos indígenas e, a partir dos fundamentos para essa articulação pelo direito internacional, buscamos entender o seu impacto para o desenvolvimento de um novo padrão de relacionamento entre os povos indígenas e os Estados em que se encontram.

Palavras-chave: Direito internacional; povos indígenas; Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas; Convenção n.º 169 da OIT; direitos humanos; autodeterminação dos povos; direitos de participação; consentimento livre, prévio e informado.

## **ABSTRACT**

Indigenous peoples have been recognized as right-holders by contemporary international law. Contemplated in those rights, we found the right to self-determination, now extended to include indigenous peoples, and a special category of collective political rights, here referred as participatory rights. The present dissertation aims to comprehend the relationship between those specific rights and what it means for a reengagement between the post-colonial State and indigenous peoples. The analysis of the right to self-determination is made in its historical-normative perspective, before and after its acceptance by international law. Special attention is conferred to the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. We also investigate the conceptual efforts made in international law to define this specific category – indigenous peoples –, indicating the tensions and complexities that permeate the subject. Following this exposition, we present the sub-regimes designed for the international protection of indigenous peoples: the International Labour Organisation (ILO) sub-regime; the international human rights regime; and the special sub-regime in the institutional environment of the UN. The study of these sub-regimes is important as a mean to comprehend distinct normative instruments and supervisory procedures equally particular to each sub-regime, what may result in specific readings over participatory rights content. After that analysis, we properly examine the juridical content of participatory rights according to the international bodies that deals with those rights. In the final part, we present the relation between participatory rights and self-determination in the context of indigenous peoples and, after understanding the fundamentals for the articulation of those rights by international law, we try to envisage its impact for the development of a new standard of relationship between indigenous peoples and the States where they are found.

Key-words: International law; indigenous peoples; UN Declaration on Rights of Indigenous Peoples; ILO 169 Convention; human rights; self-determination of peoples; participatory rights; free, prior and informed consent (FPIC).



## **LISTA DE CASOS**

### **“Corte Mundial” (Corte Permanente de Justicia Internacional e Corte Internacional de Justicia)**

Rights of Minorities of Upper Silesia (Minority Schools). PCIJ Reports, Series A. n. 15. 26 abril 1928.

Greco-Bulgarian Communities. PCIJ Reports, Serie B, No 17, 1930.

Case concerning Right of Passage over Indian Territory. (Portugal v. India). Merits. Judgement of 12 april 1960: ICJ Reports 1960, p. 6.

Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary objections, Judgement of 2 december 1963: ICJ Reports 1963, p. 15.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement: ICJ Reports 1970, p. 3.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion: ICJ Reports 1971, p. 16.

Western Sahara. Advisory Opinion: ICJ Reports 1975, p. 12.

East Timor. (Portugal v. Australia). Judgement: ICJ Reports 1995, p. 90.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion: ICJ Reports 1996, p. 226

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion: ICJ Reports 2004, p. 136.

Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion: ICJ Reports 2010, p. 403.

### **Liga das Nações**

Report of the International Committee of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an advisory opinion upon the legal aspects of the Aaland Islands question – League of Nations Off. J. Spec. Supp. No. 3 (Oct. 1920).

Report presented to the Council of the League of Nations by the Comission of Rapoporteurs. LN Council Doc. B7 21/68/106 (1921).

### **Comitê de Direitos Humanos**

Sandra Lovelace v. Canadá. CCPR/C/13/D/24/1977. 30 july 1981. Communication n. 24/1977: Canada 30/07/81.

Grande Conselho da Sociedade Tribal Mikmaq v. Canadá. CCPR/C/39/D/205/1986.

Ángela Poma Poma v. Peru. CCPR/C/95/D/1457/2006.

### **Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**

276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya.

### **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de um sector de la población nicaraguense de origen Miskito. OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3 29 noviembre 1983.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. N. 125.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172.

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185

Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Mérito e reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Serie C No. 245.

### **Casos em Cortes Nacionais**

BELIZE. Suprema Corte de Belize. Caso n.º171 de 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PET 3.388/RR. Tribunal pleno. Julgamento em 19/03/2009.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. Reference Re Secession of Quebec. File n. 25506. 1998.

COLÔMBIA. Sentença T-376/12.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

C. 169 – Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CDH – Comitê de Direitos Humanos

CEACR - Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (OIT)

CEDR – Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CtIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CPJI – Corte Permanente de Justiça Internacional

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

ILA – International Law Association

ILC – International Labour Conference (OIT)

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

WGIP – Working Group on Indigenous Populations (Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas)

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
 <b>2 ENTRE LAÇOS PRIMORDIAIS E O CONSENTIMENTO DOS GOVERNADOS: OS SENTIDOS DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>21</b>
2.1 “CARREGADA DE DINAMITE”: A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL.....	24
2.1.1 <i>As duas tradições do sentido da autodeterminação.....</i>	<i>24</i>
2.1.2 <i>O momento wilsoniano.....</i>	<i>29</i>
2.1.3 <i>O momento onusiano.....</i>	<i>39</i>
2.1.3.1 A autodeterminação dos povos nos tratados de direitos humanos.....	48
2.1.3.2 A tese belga.....	51
2.1.4 <i>A normatividade do princípio da autodeterminação dos povos.....</i>	<i>55</i>
2.2 A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS.....	61
2.2.1 <i>A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas.....</i>	<i>61</i>
2.2.2 <i>A autodeterminação dos povos indígenas na Declaração.....</i>	<i>65</i>
2.2.3 <i>Qual a normatividade da autodeterminação dos povos indígenas?.....</i>	<i>79</i>
 <b>3 OS POVOS INDÍGENAS COMO PARTICIPANTES DO DIREITO INTERNACIONAL E OS SUB-REGIMES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO: FORMAÇÃO, INSTRUMENTOS, INSTITUIÇÕES.....</b>	<b>86</b>
3.1 OS POVOS INDÍGENAS COMO PARTICIPANTES DO DIREITO INTERNACIONAL.....	87
3.2 DEFININDO “INDÍGENA”: DILEMAS NA DEFINIÇÃO DE CATEGORIAS COLETIVAS NÃO-ESTATAIS NO DIREITO INTERNACIONAL.....	90
3.2.1 <i>Os Povos Indígenas versus Minorias.....</i>	<i>105</i>
3.3 OS SUB-REGIMES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO.....	118
3.3.1 <i>O regime da OIT: a Convenção n.º 169 e a proteção dos povos indígenas.....</i>	<i>121</i>
3.3.1.1 A OIT e os povos indígenas.....	123
3.3.1.2 A Convenção n.º 169 da OIT.....	126
3.3.1.3 A fiscalização internacional das Convenções da OIT.....	131

3.3.2. <i>O regime de proteção dos direitos humanos e os povos indígenas</i> .....	131
3.3.2.1. O regime universal de proteção dos direitos humanos.....	131
3.3.2.1.1 <u>Os povos indígenas na prática dos <i>treaty-bodies</i></u> .....	133
3.3.2.2 Os regimes regionais de proteção dos direitos humanos e os povos indígenas.....	136
3.3.3 <i>O emergente regime no âmbito das Nações Unidas</i> .....	142
3.3.3.1 Os mecanismos institucionais de proteção.....	143
 <b>4 OS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	147
4.1 A FORMAÇÃO DOS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	149
4.1.1 <i>Os direitos territoriais como condição sine qua non dos direitos de participação</i> .....	149
4.1.2 <i>Os direitos de participação: gênese</i> .....	150
4.2 O CONTEÚDO DOS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO.....	154
4.2.1 <i>“Em direção a uma cultura de consulta”: Direitos de participação no Regime da Convenção n.º 169 (a versão suave)</i> .....	154
4.2.2 <i>Todos os caminhos levam a Roma? A construção dos direitos de participação no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os vários fundamentos do consentimento</i> .....	166
4.2.2.1 O papel dos <i>treaty-bodies</i> do sistema universal.....	167
4.2.2.1.1 <u>O Comitê de Direitos Humanos e o art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos</u> .....	167
4.2.2.1.2 <u>O Comitê sobre a Eliminação de Discriminação Racial e a Recomendação n.º 23</u> .....	171
4.2.2.1.3 <u>Os direitos de participação na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos</u> .....	174
4.2.3 <i>Os direitos de participação na Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas: a versão forte</i> .....	182
4.2.3.1 O conteúdo dos direitos de participação de acordo com a Declaração.....	182
4.2.3.2 Os mecanismos institucionais e os direitos de participação.....	184
4.2.3.2.1 <u>Os relatórios do Relator Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas</u> .....	185
4.2.3.2.2 <u>O mecanismo especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas</u>	

<i>(Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples)</i> .....	191
4.2.4 <i>Os direitos de participação em processos decisórios envolvendo organismos internacionais e fóruns intergovernamentais</i> .....	195
4.2.5. <i>Os diversos direitos de participação: sintomas de um direito internacional fragmentado?</i> .....	199
 <b>5 “AQUILO QUE TOCA A TODOS, DEVE SER DECIDIDO POR TODOS”: DIREITOS POLÍTICOS COLETIVOS NO DIREITO INTERNACIONAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO</b> .....	203
5.1 OS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS POLÍTICOS COLETIVOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	204
5.1.1 <i>O argumento culturalista da diversidade étnica</i> .....	207
5.1.2 <i>A marginalização e falhas do processo representativo democrático</i> .....	212
5.1.3 <i>A autodeterminação dos povos</i> .....	214
5.2 OS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO, O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL.....	216
5.2.1 <i>A relação entre os direitos de participação e autodeterminação</i> .....	216
5.2.2 <i>O papel contramajoritário do direito internacional</i> .....	221
5.2.3 <i>O engajamento constitucional</i> .....	226
5.3 OS DILEMAS DA PARTICIPAÇÃO.....	233
5.3.1. <i>Representatividade</i> .....	234
5.3.2 <i>Veto</i> .....	237
5.3.3 <i>Limites e conflitos</i> .....	240
 <b>6 CONCLUSÃO</b> .....	245
 <b>REFERÊNCIAS</b> .....	250

## 1. INTRODUÇÃO

Em 1923, Levi General Deskaheh, chefe do *Younger Bear Clan* da tribo Cayuga situada no território do Canadá, compareceu à extinta Liga das Nações para apresentar as reivindicações históricas de seu povo, as *Six Nations*, relacionadas a disputas com o governo canadense sobre a implementação de um regime de autogoverno tribal. Seus argumentos foram articulados em uma petição endereçada à Liga das Nações, nominada *The Red Man's Appeal to Justice*. A par de lograr algumas poucas audiências e simpatias de alguns Estados, não conseguiu fazer com que seu pleito fosse recebido. À época, a Liga das Nações, organização interestatal sob a influência e controle das potências imperiais, não se mostrava como um espaço favorável à discussão sobre a relação entre Estados independentes e os povos indígenas, ainda mais quando isso implicava discutir premissas coloniais vigentes naquele momento.<sup>1</sup> Para o pensamento então dominante, o “problema” indígena era uma questão exclusivamente de jurisdição doméstica, e o direito internacional pouco – ou nada – teria a dizer sobre esse assunto.

Em 2007, é aprovada pela Assembleia-Geral da ONU a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>2</sup> (doravante, também referida como a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas ou simplesmente a Declaração), considerada como um marco de conquista e a consolidação de um catálogo de direitos num instrumento promulgado por um organismo interestatal de caráter universal.

Entre a presença frustrada de um chefe indígena *cayuga* numa reticente Liga das Nações e a promulgação da Declaração, transcorreram muitas décadas, quase um século. Nesse período, o direito internacional sofreu um considerável número de transformações, que impactaram significativamente o sistema internacional, inserindo novos princípios organizadores. Como transformações, pode-se mencionar, entre outras, o fim da Liga das Nações e a consolidação da Organização das Nações Unidas no pós-guerra; o desmantelamento de impérios europeus, em paralelo à política de descolonização da África e Ásia, com fundamento no reconhecimento do direito à

---

<sup>1</sup> A presença de Deskaheh em Genebra e suas frustradas articulações para conseguir ser recebido e se manifestar na Liga das Nações são narradas em NIEZEN (2003, p. 31-36) e MALEZER (2005, p. 69-71). Outros povos também teriam tentado acessar a Liga das Nações – Maoris da Nova Zelândia, Miskitos da Nicarágua e aborígenes da Austrália. Todos sem sucesso. Ver MALEZER, 2005, p. 71-72.

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia-Geral. Resolução 61/295 de 13 set. 2007.

autodeterminação dos povos, lançando assim mais de uma centena de novos Estados como sujeitos de direito internacional; o surgimento de um complexo sistema internacional de proteção de direitos humanos; o aumento vertiginoso de instituições multilaterais e tribunais internacionais e a inserção da temática ambiental em um patamar prioritário na agenda internacional.

Um fenômeno importante desse período refere-se à gradativa ampliação do direito internacional para abarcar os povos indígenas, culminando com sua transformação de objetos do direito internacional em sujeitos de direito. Dito de outro modo, as relações entre os Estados e os povos indígenas deixaram de ser tema afeto exclusivamente à jurisdição doméstica, e passaram a ser reguladas por normas de caráter internacional, inclusive com a possibilidade de contarem com o monitoramento internacional quanto ao seu cumprimento.

Entre os direitos reconhecidos aos povos indígenas no âmbito do direito internacional, emergem como direitos centrais conferidos a esses grupos o direito à autodeterminação dos povos e os direitos de participação. O direito à autodeterminação dos povos, embora conste com um relativamente longo *pedigree* no direito internacional, somente passou a ser reconhecido expressamente aos povos indígenas a partir da Declaração. Os direitos de participação podem ser compreendidos, de forma ainda preliminar, como os direitos conferidos aos povos indígenas para que possam efetivamente participar de processos decisórios desencadeados pelos Estados e cujos resultados poderão afetar seus interesses diretamente. Sua origem, como veremos, também se localiza no direito internacional.

Tanto o reconhecimento da autodeterminação como os direitos de participação atribuem a esses grupos direitos políticos especiais, que visam modificar sua relação com os Estados em que se encontram. O objeto da investigação aqui exposta recai justamente sobre esses direitos coletivos e a relação existente entre eles.

Destacamos que o estudo desenvolvido tem como base o direito positivo erigido no âmbito do direito internacional. Assim, esse estudo consiste, prementemente, em um exercício de dogmática jurídica analítica e crítica. Seguimos, portanto, o método tradicional e hegemônico de estudo desse ramo jurídico: o exame analítico de tratados e instrumentos internacionais referentes ao tema bem como relatórios, declarações, opiniões e decisões de órgãos internacionais e domésticos que aplicam (ou ignoram) o direito internacional referente à área estudada. Todavia, o principal propósito é não só



compreender o sentido normativo da autodeterminação dos povos e o conteúdo jurídico dos direitos de participação dos povos indígenas, como também a relação entre eles e as tensões e complexidades que apresentam para a sua implementação.

Outro ponto a se ressaltar é que, por trás da norma, confrontos e acordos foram se desenvolvendo diante de um longo processo em que representantes de Estados e o “movimento indígena internacional” ou, como denomina ANAYA (2004), componentes de uma “identidade étnica transnacional”, buscaram marcar posições quanto aos direitos a serem oficialmente reconhecidos. Trata-se de um processo dinâmico, cuja norma, ainda que por vezes consolidada, permanece sendo um foco de disputas, novas interpretações e reinvenções. Inevitável que existam avanços e retrocessos: momentos de gritos, denúncias e ambiguidades, bem como momentos de vitórias e de concórdias. Sob às vezes fria voz do texto legal, se escondem angústias e dramas, coletivos e pessoais, que possuem uma história que merece ser contada, mas nem sempre devidamente refletida nos instrumentos internacionais. Não ignoramos essa história, mas pretendemos expor o processo de sua canalização em textos normativos oficiais – atentando, contudo, que essa consolidação estará mais uma vez sujeita a novos embates, que culminarão na formação de novas sínteses.

Deve-se observar que, para a compreensão desse campo do direito internacional, resta imprescindível lançar mão da teoria social, por marcos conceituais fornecidos principalmente pela antropologia, na área identificada como estudos de etnicidade. Embora esse estudo apresente um objeto que demande um diálogo interdisciplinar com a teoria antropológica, ressaltamos que não utilizamos do método *par excellence* da antropologia, que é a pesquisa de campo. Porém, elementos da teoria antropológica se fazem presentes para tornar claras concepções relacionadas à cultura e etnicidade, bem como entender o papel do direito na regulação de conflitos interétnicos. Estudos de casos, quando levados a cabo nesse trabalho, são feitos de maneira analítica e crítica, isto é, por um exame das situações concretas conflitivas submetidas à apreciação de órgãos judiciais, quase-judiciais ou administrativos que, nessa pesquisa, serão precipuamente internacionais.

Nesse ponto, uma vez que esse estudo se baseia fortemente num material consistente nas decisões de órgãos internacionais, ressaltamos que nos referiremos à “jurisprudência” como um conjunto de decisões e entendimentos consolidados e reiterados desses órgãos, ainda que eles não possuam um caráter judicial estrito ou

sejam reconhecidos como tribunais internacionais. Portanto, por exemplo, decisões do Comitê de Direitos Humanos (CDH), instituído pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ou da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, serão indistintamente referidas como “jurisprudência”, de modo a facilitar a referência a um corpo relativamente coerente de posições interpretativas exaradas pelos órgãos internacionais.

O estudioso do direito internacional se depara hoje com uma literatura massiva, em constante e frenética expansão. Durante o verão de 2013, em entrevista informal com uma bibliotecária da *Peace Palace Library*, biblioteca vinculada à Academia de Direito Internacional de Haia e à Corte Internacional de Justiça, obtivemos a notícia de que são cadastrados nessa rica biblioteca, por semana, nada mais, nada menos, do que 500 publicações, entre livros e artigos, sobre assuntos pertinentes ao direito internacional. Isso demonstra a hercúlea tarefa do internacionalista em se manter não só atualizado, como em apresentar uma pesquisa relevante e abrangente sobre um determinado tema.

Para essa pesquisa, utilizamos amplamente de referências em inglês. Tratando-se de um estudo voltado ao exame do direito internacional, isso se torna quase que uma obviedade, diante de ser o inglês, efetivamente, a *lingua franca* dessa disciplina jurídica. Ademais, num levantamento bibliográfico, verifica-se que a produção científica brasileira sobre aspectos do direito internacional aplicado aos povos indígenas ainda é germinal, fenômeno percebido também na literatura francesa por ROULAND, PIERRÉ-CAPS & POUMARÈDE (2004, p. 12). Daí a imprescindibilidade de se recorrer à produção em língua inglesa.

Entretanto, embora haja referências em língua inglesa, deve-se ressaltar que os autores não são originários apenas do mundo anglo-saxão, e nem estamos diante de uma literatura predominantemente europeizante. Diversos deles refletem vozes e visões indígenas – como LÂM, de origem havaiana – ou são expoentes de pensamentos filosófico-políticos de outros países – como, por exemplo, TULLY e KYMLICKA, teóricos canadenses, e RODRÍGUEZ-PIÑERO, que volta sua atenção ao indigenismo latino-americano e sua relação com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), ainda que tenham publicado suas obras em idiomas em inglês. O atual juiz brasileiro da Corte Internacional de Justiça (CIJ), Antônio Augusto Cançado TRINDADE, também

possui artigos em inglês afetos a direitos humanos e povos indígenas, examinados durante essa pesquisa.

Advertimos que a extensão dessa dissertação se deve, em parte, à decisão de transcrever, em notas de rodapé, o texto original das citações traduzidas de obras em língua estrangeira, quando realizadas no corpo principal do texto (exceções feitas às epígrafes). Considerando que essa dissertação foi produzida durante o curso de mestrado em uma universidade financiada e mantida com recursos públicos e que esse estudo será disponibilizado irrestritamente, visamos assim a garantir que possa ser lido em sua integralidade por todos, independentemente do domínio do idioma inglês. Ao mesmo tempo, isso permite deixar ao público que aprecie as traduções realizadas, para que julgue se esse autor apresentou uma tradução fidedigna à original ou se sujeita criticamente à expressão italiana “*traduttore, traditore*” (tradutor, traidor), em que toda tradução acaba por trair, em alguma medida, o texto primário.

Essa dissertação está estruturada, além da introdução e conclusão, em quatro seções ou capítulos. A segunda seção visa examinar como o termo “autodeterminação dos povos” entrou no dicionário do direito internacional e se tornou um vocábulo recorrente não só em discursos políticos, mas principalmente em instrumentos normativos. Por não estarmos diante de um conceito unívoco, é importante examinar, desde o seu surgimento, as tradições do sentido da autodeterminação: uma ocidental, ressaltando os aspectos de democracia, cidadania e bom governo, e outra desenvolvida na Europa central e oriental, direcionada mais para os laços primordiais e culturais que estruturam uma nação.

A partir de meados do século XX, o direito à autodeterminação ganha um colorido no direito internacional. Mas os passos não são lineares, e sua ductilidade se revela na maneira como se amolda a novos contextos políticos e normativos, desde seu pouco auspicioso surgimento na Liga das Nações, seu nascimento jurídico na Carta da ONU e sua maturação durante os processos de descolonização da África e da Ásia. No início do terceiro milênio, o direito à autodeterminação se vê diante de um novo desafio: como ser reconhecido aos povos indígenas dentro de um Estado? A primeira parte é, portanto, o nosso ponto de partida desse estudo, buscando examinar também o direito à autodeterminação no sentido que a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas visa atribuí-los.

Na terceira seção, torna-se necessário compreender como o direito internacional concebe e identifica os povos indígenas, bem como quais os regimes de proteção que ele oferece a essa peculiar coletividade. Nesse ponto, indica-se algumas indefinições do direito internacional sobre coletividades não-estatais, bem como exploram-se as tênues fronteiras entre as categorias reconhecidas de “povos indígenas” e “minorias nacionais”. Na parte final da terceira seção, examinamos três arquiteturas institucionais no direito internacional voltadas à proteção dos povos indígenas. Embora elas tenham em comum o fato de oferecerem proteção normativa aos povos indígenas, estamos diante de instrumentos jurídicos distintos, com órgãos de aplicação distintos. A leitura a ser feita a respeito dos direitos dos povos indígenas por esses sub-regimes revela-se, igualmente, diferenciada. Por essas razões, é importante caracterizar essas três estruturas como sub-regimes de proteção dos povos indígenas antes de analisar os direitos de participação em si.

A seção quatro foca a prática sobre o conteúdo dos direitos de participação, originados no âmbito do direito internacional e cada vez mais fincado na prática normativa e jurisprudencial, internacional e nacional. Consistem tais direitos em um conjunto de prerrogativas relacionadas à consulta e participação dos povos indígenas em processos de tomada de decisão capazes de resultar em uma medida legislativa ou administrativa que afetem diretamente seus interesses (daí também serem conhecidos como “direitos de tomada de decisão”). Por vezes, esse direito pode ser visto pelo outro lado da moeda, como o “dever de consulta” dos Estados aos povos indígenas. Eles constituem também o cerne desse trabalho e o seu conteúdo, segundo o direito positivo e algumas propostas de interpretação avançadas por órgãos internacionais, serão pormenorizadamente analisados nesse capítulo. Portanto, essa parte da pesquisa tem como objetivo analisar os direitos de participação dos povos indígenas, como eles têm sido concebidos nos instrumentos internacionais e como eles têm sido lidos pelos órgãos de monitoramento responsáveis pela sua aplicação.

A quinta seção tem como objetivo analisar a relação entre o direito à autodeterminação dos povos e os direitos de participação dos povos indígenas. Não só é importante compreender os fundamentos morais e políticos que justifiquem a regulação promovida pelo direito internacional da relação entre os povos indígenas e os Estados em que se encontram, mas também certos limites e complexidades relacionadas à implementação desses direitos. É necessária que a participação dos povos indígenas seja

feita por um representante? Como definir quem representa determinado povo indígena? Os direitos de participação podem implicar um poder de veto sobre decisões estatais? Como resolver conflitos entre os interesses indígenas e da sociedade dominante? Tais questões, embora ainda controvertidas no direito internacional, devem ser abordadas.

Esperamos assim oferecer um resultado estruturado da investigação conduzida durante o curso de mestrado, intencionando que signifique uma contribuição para a compreensão desse novo vetor do direito internacional.

## 2. ENTRE LAÇOS PRIMORDIAIS E O CONSENTIMENTO DOS GOVERNADOS: OS SENTIDOS DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL

*Peoples are not to be handed about from one sovereignty to another by an international conference or an understanding between rivals and antagonists. National aspirations must be respected; peoples may now be dominated and governed by their own consent. Self-determination is not a mere phrase, it is an imperative principle of action which statesmen will henceforth ignore at their peril.*

- Woodrow Wilson, em discurso ao Congresso dos EUA em 11 de fevereiro de 1918

É um lugar comum afirmar que o Estado moderno e, por extensão, o sistema interestatal, possui suas origens na denominada Paz de Vestefália, resultante dos tratados celebrados em Münster e Onsbruck em 1648 como conclusão da Guerra dos Trinta Anos.<sup>3</sup> A partir desse evento, a estrutura internacional seria principalmente organizada por unidades concebidas como Estados, único arranjo político-jurídico legítimo, afastando outras possibilidades de organização, tais como as cidades-Estado, as ligas de cidade e Impérios<sup>4</sup>. Para que uma nova coletividade pudesse ter voz ativa na sociedade internacional, deveria ser reconhecida enquanto Estado pelos demais membros desse seleto clube.

Entretanto, a referência à Paz de Vestefália como um divisor de águas entre o sistema feudal e o sistema moderno de Estados não é unânime. WEDGWOOD, escrevendo em 1938 (e, portanto, às vésperas da Segunda Guerra Mundial), ao concluir sua obra sobre a Guerra dos Trinta Anos, considera arbitrária essa demarcação, embora reputando-a prenunciadora das guerras modernas fundadas no nacionalismo:

<sup>3</sup> Conferindo proeminência ao papel dos Tratados de Vestefália para a formação do Estado e do sistema interestatal europeu, ver CRAVEN, 2014, p. 207; LÂM, 2000, p. 95; LÂM, 2009, p. 592; ODELLO, 2011, p. 107; ROMBOUTS, 2014, p. 38-39.

<sup>4</sup> Para uma análise dos desenvolvimentos históricos que levaram à afirmação do Estado soberano como fenômeno central do sistema internacional, como sucessor do sistema feudal, ver SPRUYT (1994). SPRUYT, em concordância com Krasner, aponta que Vestefália não é o início do estado soberano e nem o fim das estruturas feudais. Para ele, o início da soberania pode ser localizado no final do século XIII e não se completa mesmo depois de Vestefália. Porém, Vestefália revela seu valor como indicador de transição à medida em que foi compreendida por autores do século XVII – como Pufendorf, por exemplo – como um divisor de águas. Ver SPRUYT, 1994, p. 205, nota de rodapé n. 31.

A Paz tem sido descrita como definidora de uma época na história europeia, e é comumente assim aceita. É supostamente a divisora do período de guerras religiosas daquele das guerras nacionais, as guerras ideológicas das guerras de mera agressão. Mas a demarcação é artificial, assim como essas divisões arbitrárias normalmente o são. Agressão, ambição dinástica e fanatismo estão igualmente presentes no obscuro contexto da realidade efetiva da guerra, e a última das guerras de religião mistura-se insensivelmente nas guerras pseudo-nacionais do futuro. (WEDGWOOD, 2005, p. 505, tradução nossa)<sup>5</sup>.

A periodização histórica do direito internacional segue ainda sendo objeto de interpretações as mais diversas.<sup>6</sup> Nesse sentido, diante do campo de investigação desse trabalho, adotamos os cortes históricos sugeridos por REISMAN (2013). Esse autor considera a Conferência de Versalhes, em que foram negociados diversos tratados pondo fim à Primeira Guerra Mundial, muito mais impactante no conteúdo e estrutura constitutiva contemporânea dos arranjos modernos de participação internacional. Para esse autor, a importância de Versalhes reside na abertura à afirmação de que os povos que ainda não se organizassem como Estados poderiam ter a prerrogativa de se tornarem Estados independentes sob proteção internacional. O que passaria a fundamentar essa reivindicação não seria a efetividade do controle sobre um território, como ocorria no direito internacional clássico até então, mas um argumento de princípio eminentemente moral: a autodeterminação dos povos.<sup>7</sup> Essa fatídica faísca lançada logo no início da Conferência de Versalhes, período designado por MANELA (2009) como o “momento wilsoniano” – em razão do protagonismo das ideias do presidente norte-americano Woodrow Wilson –, acabou por promover uma verdadeira explosão no

---

<sup>5</sup> No original: “*The Peace has been described as marking an epoch in European history, and it is commonly taken to do so. It is supposed to divide the period of religious wars from that of national wars, the ideological wars from the wars of mere aggression. But the demarcation is as artificial as such arbitrary division commonly are. Aggression, dynastic ambition, and fanaticism are all like present in the hazy background behind the actual reality of the war, and the last of the wars of religion merged insensibly into the pseudo-national wars of the future.*”

<sup>6</sup> Carl Schmitt, por exemplo, em sua obra sobre o direito internacional, considera que o direito internacional moderno emerge a partir de um critério de apropriação de terra (*Landnahme*, no alemão), que teria se originado com a descoberta do Novo Mundo. Ver SCHMITT, 2006.

<sup>7</sup> REISMAN analisa ainda diversas transformações que esse princípio ocasionaria nos arranjos internacionais subsequentes, desde o surgimento da categoria de “*failed States*”, “países menos desenvolvidos” ou “*faux States*”, como a atribuição da ideia de que a comunidade internacional organizada passaria agora a ter que investir nesses Estados para que se tornassem viáveis. Para essa análise, ver REISMAN, 2013, p. 229-258.

sistema internacional durante o século XX e além.<sup>8</sup>

Esse capítulo tem como propósito compreender o significado do direito à autodeterminação aplicado aos povos indígenas. O principal marco desse princípio está inserido na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas. Embora o reconhecimento oficial do direito à autodeterminação dos povos indígenas tenha sido inaugurado com essa Declaração, a ideia da autodeterminação dos povos possui uma longa história. Emerge como princípio moral no início do século XX, adquire normatividade durante o seu percurso na esfera internacional e agora é elevada ao nível de normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*) por alguns comentadores. No início do milênio, culmina com o seu reconhecimento específico para uma categoria coletiva: é atribuída aos povos indígenas.

A contextualização da autodeterminação dos povos como norma internacional é aqui produzida com o objetivo de tornar inteligível a sua inserção na Declaração, apontando para as possibilidades interpretativas desse instrumento internacional. Nesse sentido, não é a finalidade reconstituir toda a trajetória histórica e os detalhes dos discursivos debates construídos em volta desse princípio jurídico e moral. Uma investigação desse porte, que buscase analisar os pormenores das implicações e reflexos do uso desse conceito, demandaria um extenso estudo monográfico<sup>9</sup>, fugindo à delimitação da pesquisa aqui proposta.

Na primeira parte desse capítulo, analisamos as origens, evolução e o sentido da autodeterminação dos povos no direito internacional, focando, principalmente, nos debates travados a respeito desse conceito no mundo onusiano. As principais fontes examinadas são as diversas Declarações aprovadas no âmbito da Assembleia-Geral das Nações Unidas, o mesmo órgão da ONU responsável pela promulgação da Declaração sobre o Direito dos Povos Indígenas, e as decisões da Corte Internacional de Justiça (CIJ) sobre essa temática. Dessa forma, buscamos apreender o conteúdo, aqui reputados

---

<sup>8</sup> É importante destacar que diversos estudos sobre povos indígenas e o direito internacional adotam um marco temporal anterior para a compreensão do papel desses povos no desenvolvimento do direito internacional, principalmente a partir do encontro entre a Europa e o Novo Mundo. Ver LÂM, 2000, p. 85-89. Optamos, pelos motivos já indicados, compreender o direito à autodeterminação a partir de sua formulação no século XIX. Sobre a formação e articulação do movimento indígena internacional, ver MALEZER, 2005.

<sup>9</sup> E, de fato, diversos autores produziram detalhadas monografias sobre o tema. Ver sobre o tema a obra de CASSESE: “*Self-determination of peoples: a legal reappraisal*” e HANNUM (1996): “*Autonomy, Sovereignty, and Self-determination*”, essa última com diversos estudos de casos. Para uma análise das circunstâncias históricas da aplicação do conceito, ver MUSGRAVE, 1997, p. 2-125.



como “clássico”, da autodeterminação dos povos para o direito internacional.

Em um segundo momento, examinamos as consequências desse princípio aplicado aos povos indígenas. Dito de outro modo, o acréscimo do qualitativo “indígena” aos tradicionais titulares desse direito – o povo – é capaz de modificar o sentido da ideia por trás da “autodeterminação”? Essa análise se baseará no parâmetro normativo principal – a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas –, mas se atentará igualmente para o que outros instrumentos e órgãos de monitoramento internacionais têm a dizer sobre o significado desse conceito.

Por fim, buscamos responder à indagação se a Declaração modifica o sentido da autodeterminação dos povos ou se a sua promulgação mantém, conceitualmente, as ideias classicamente relacionadas a esse termo. A partir das conclusões dessa investigação, será possível examinar a articulação entre o direito à autodeterminação dos povos e os direitos de participação, realizada na seção 5 dessa dissertação.

## 2.1. “CARREGADA DE DINAMITE”<sup>10</sup>: AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL

*Self-determination: It is a principle of justice and of liberty, expressed by a vague and general formula which has given rise to the most varied interpretations and differences of opinion.*

– A Questão das Ilhas Aaland, Relatório apresentado ao Conselho da Liga das Nações pela Comissão de Relatores

### 2.1.1. Duas tradições do sentido da autodeterminação

O conceito de autodeterminação dos povos entra no vocabulário do discurso e do direito internacional principalmente no século XX. É nesse contexto que o direito à

---

<sup>10</sup> A expressão “carregada de dinamite” se refere à posição do Secretário de Estado norte-americano Robert Lansing durante os debates, que se opunha à concepção wilsoniana. Assim afirmou Lansing: “[T]he phrase [self-determination] is simply loaded with dynamite. It will raise hopes which can never be realized. It will, I fear, cost thousands of lives. In the end it is bound to be discredited, to be called the dream of an idealist, who failed to realize the danger until too late.” Apud MUSGRAVE, 1997, p. 31. (“A frase [autodeterminação] é simplesmente carregada de dinamite. Ela fará nascer esperanças que nunca poderão ser realizadas. Temo que ela custará milhares de vida. No final, ela destina a ser descreditada, de ser chamada do sonho de um idealista, que fracassou em perceber o perigo até que fosse tarde demais.”)

autodeterminação deixa de ser um conceito político para se tornar um preceito legal. Contudo, desde seu lançamento, sua natureza e extensão não foram definidas nos instrumentos internacionais que o previram e nem esclarecidas pela prática estatal.

Antes do direito à autodeterminação entrar no discurso legal do século XX, ele já compunha o imaginário político dos séculos XVIII e XIX. Entretanto, as ideias relacionadas a esse conceito não eram uniformes, e podem-se vislumbrar, de modo geral, duas concepções a respeito do direito à autodeterminação<sup>11</sup>. Essas concepções estão associadas a um critério geográfico-político: enquanto na Europa ocidental e nos EUA a autodeterminação esteve vinculada a noções de representação política, cidadania e liberdade individual, na Europa central e oriental a autodeterminação estaria associada à ideia de etnia, sangue e língua, fortemente influenciada, assim, pela crença em laços primordiais e pela onda nacionalista que assolou essa parte do Velho Mundo, em especial a partir das Revoluções de 1848.

Compreender ambas tradições é um passo necessário, pois, ao se interpretar o seu sentido, o discurso jurídico internacional navega entre elas, sem assumir em definitivo uma posição certa, evitando, assim como Odisseu, ser consumido por Cila ou Caríbdis.

Como aponta MUSGRAVE (1997), na Europa Ocidental e nos EUA, a ideia de autodeterminação inspirou-se nas concepções de soberania popular e no governo representativo. O debate político no século XIX na França e no Reino Unido estava permeado por ideias como soberania política, liberdade, constitucionalismo e de uma sociedade livre de indivíduos com base no império da lei. Tal discussão pública tinha como pano-de-fundo a filosofia política de John Locke, na Inglaterra, e Montesquieu e Rousseau, na França. Os EUA seriam igualmente influenciados por essas concepções políticas europeias, absorvidas na Declaração de Independência americana.

Nesse panorama, nos EUA, no Reino Unido e na França<sup>12</sup>, a autodeterminação decorreria de noções de soberania popular, liberdades individuais e governo representativo. Estamos diante, portanto, de uma tradição de “republicanismo cívico” (CRAVEN, 2014, p. 226). A autodeterminação se configurava quando a realização da soberania popular desembocava no governo representativo. Nessa concepção, a

---

<sup>11</sup> Sobre o tema, ver também CRAVEN (2014, p. 226-227).

<sup>12</sup> Para uma visão distinta em relação à França, percebendo o papel da etnicidade francesa, ver LÂM, 2000, p. 89-92. Ver também ROMBOUTS, 2014, p. 41.

autodeterminação era exercida dentro do próprio Estado, em que participavam todos os cidadãos, sem se utilizar de qualquer fator de discriminação entre eles. A existência de diversidade étnica não teria relevância significativa no campo do debate político. Portanto, no contexto da Europa ocidental, a autodeterminação era “democrática, contínua, e universal em caráter.”<sup>13</sup> (MUSGRAVE, 1997, p. 4 – tradução nossa).

Sob essa tradição europeia-ocidental de autodeterminação, uma vez que a influência da diversidade étnica era mitigada<sup>14</sup>, o Estado visava a garantir representatividade e liberdade de todos os seus habitantes, sem privilegiar uma ou outra minoria. Assim, aspectos culturais e linguísticos não eram considerados determinantes.<sup>15</sup>

Como a tradição de autodeterminação da Europa ocidental não envolvia considerações étnicas, os indivíduos eram capazes de participar como membros iguais nos processos políticos estatais, independentemente de suas origens étnicas, e as minorias coexistiam muito mais facilmente no interior da população mais geral.<sup>16</sup> (MUSGRAVE, 1997, p. 13 – tradução nossa)

HOBBSAWN afirma que a nação, nessa tradição, traduzia-se no “corpo de cidadãos cuja soberania coletiva os constituía como um Estado concebido por sua expressão política. Pois, fosse o que fosse uma nação, ela sempre incluiria o elemento da cidadania e da escolha ou participação de massa.”<sup>17</sup> (HOBBSAWN, 1990, p. 31)

---

<sup>13</sup> No original: “*Because it was based upon these principles, self-determination in the Western European context was democratic, ongoing, and universal in character.*”

<sup>14</sup> Também sobre o papel secundário das diferenças étnicas e uso de critérios tais como língua comum, religião e lembranças históricas comuns nessa tradição francesa e americana, ver HOBBSAWN, 1990, p. 32-33.

<sup>15</sup> Como exemplo dessa tradição na França, é de se mencionar as palavras do conde de Clermont Tonnerre, pronunciada há dois séculos numa constituinte francesa, lembrada por Rouland: “É necessário tudo recusar aos judeus como nação, e tudo dar a eles como indivíduos [...] é necessário que não se organizem em Estado, nem em corpo político, nem em ordem; é necessário que sejam individualmente cidadãos.” (ROULAND; PIERRÉ-CAPS & POUMARÈDE, 2004, p. 13)

<sup>16</sup> No original: “*As the Western European tradition of self-determination did not involve ethnic considerations, individuals were able to participate as equal members in the political processes of the state whatever their ethnic origins, and minorities coexisted much more easily within the wider population.*”

<sup>17</sup> E, mais adiante, acrescenta o autor sobre essa expressão da nacionalidade: “O conceito revolucionário da nação, entendido como constituído pela opção política deliberada de seus potenciais cidadãos, foi preservado em sua forma pura nos Estados Unidos. Os americanos são aqueles que desejam sê-lo. Nem o conceito francês de ‘nação’ como análogo a um plebiscito (‘um plebiscito todos os dias’, disse Renan) faz perder esse caráter essencialmente político. A nacionalidade francesa era a cidadania francesa; a etnicidade, a história, a língua ou o *patois* falado em casa não tinham nada a ver com a definição de

Ao contrário do que ocorreu na parte ocidental, MUSGRAVE (1997) aponta que na Europa central e oriental – acrescentaríamos ainda a Grande Itália de Mazzini – a autodeterminação foi atravessada pelo fenômeno do nacionalismo. Contrapostos com os Estados da Europa ocidental, que eram mais culturalmente homogêneos, os Estados do centro e leste europeu possuíam diversos grupos etnicamente distintos, e não havia uma correlação entre Estados e grupos étnicos. Em razão desse caráter particular da composição populacional da região, o ideário nacionalista ganharia mais força nessa tradição.

Até o século XIX, a cultura não era um dado relevante como fator político. Foram principalmente os pensadores alemães e italianos no início do século XIX que teorizaram a respeito da importância dos fatores étnico, cultural e linguístico na determinação da identidade. Gottfried Von Herder teria desenvolvido a ideia de *Volk* como uma “comunidade ligada por laços de sangue e caracterizada por uma língua, cultura, religião, e conjunto de costumes particular.”<sup>18</sup> (MUSGRAVE, 1997, p. 5 – tradução nossa). Cada *Volk* teria o direito de desenvolver suas próprias instituições políticas sem a interferência dos demais. Desse modo, o *Volk* se expressaria no plano político o seu caráter nacional único. Como consequência, cada *Volk* deve ter o seu próprio Estado<sup>19</sup>. Após Von Herder, outros alemães desenvolveriam tais ideias, como Johann Gottlieb Fichte, Ernst Arndt, Friedrich von Schlegel e Friedrich Jahn (MUSGRAVE, 1997, p. 6).

Do lado italiano, Pasquale Mancini seria o primeiro teórico a elaborar, sob o ponto de vista jurídico, a respeito do princípio da nacionalidade e que refletiria, nessa formulação, sobre aspectos da autodeterminação dos povos (BIAZI, 2014).

A partir dessa corrente, haveria uma necessária relação entre o Estado como unidade política e a nação como unidade cultural, originando-se assim o termo “Estado-nação”, em que os limites territoriais de um Estado deveriam coincidir com aqueles em

---

nação.” (HOBSBAWN, 1990, p. 108)

<sup>18</sup> No original: “...a *Volk* was a community bound together by blood-ties and characterized by a particular language, culture, religion, and set of customs.”

<sup>19</sup> É a essa ideia que Ernest Gellner se refere quando afirma, no início de sua obra, que “o nacionalismo é, essencialmente, um princípio político que defende que a unidade nacional e a unidade política devem corresponder uma à outra.(...) é uma teoria da legitimidade política que exige que as fronteiras étnicas não atravessem as fronteiras políticas e, especialmente, que as fronteiras étnicas dentro de um mesmo Estado (...) não separem os detentores do poder do resto da população.” (GELLNER, 1993, p. 11-12)

que se encontrava a nação. De acordo com MUSGRAVE (1997), o Estado deixaria de ser assim uma unidade exclusivamente jurídica ou territorial para se tornar também uma unidade cultural. Nesse ponto, é lúcida a constatação feita por BIAZI em relação às ideias de Mancini. Antes um defensor ferrenho da nação como o verdadeiro sujeito de direito internacional, em contraposição a um estatismo de caráter contratualista, Mancini reformula suas ideias após a unificação italiana:

De fato, o jurista aparenta não ter mais uma atitude tão desconfiada em relação ao Estado já que, na realidade, a nação italiana tinha se tornado um Estado e sob essa configuração é que a mesma entrava a fazer parte do mundo jurídico internacional. Isto quer significar que a cada nação deveria corresponder um Estado e vice-versa, devendo-se almejar uma coincidência das duas entidades em uma única. (BIAZI, 2014, p. 46)

As ideias de autodeterminação vinculadas ao critério étnico e linguístico logo se espalhariam para o resto da Europa central e oriental, culminando com a unificação italiana e alemã, bem como a formação do Império dual da Áustria-Hungria (*Augsleich*).<sup>20</sup>

Fortemente influenciada pelo nacionalismo, nessa tradição a autodeterminação ocorreria sempre que uma nação fosse capaz de criar o seu próprio Estado-nação, um Estado cujas fronteiras políticas corresponderiam à distribuição geográfica da nação ou do grupo étnico. Nesse plano, a autodeterminação, se fosse para ser plenamente realizada, deveria resultar na formação de um novo Estado. Assim, nessa segunda tradição, a autodeterminação pode ser caracterizada como “de natureza exclusivista e particularista, atribuindo importância primária ao grupo mais do que ao indivíduo.”<sup>21</sup> (MUSGRAVE, 1997, p. 6 – tradução nossa).

Essas duas tradições também são percebidas por GEERTZ, para quem a primeira tradição seria de uma comunidade política civil e a segunda o que ele denomina de “comunidades primordiais”, por se pautarem por vínculos primordiais, isto é, de caráter não-cívicos, tais como laços de sangue, raça, língua e religião (GEERTZ, 1996, p. 42-

<sup>20</sup> Sobre o processo de unificação italiana e alemã, bem como a formação do Império austro-húngaro e os conflitos com as minorias étnicas em diversos países da região, ver. MUSGRAVE, 1997, p. 7-13.

<sup>21</sup> No original: “*Because the concept of self-determination in Italy and in Central and Eastern Europe developed from the phenomenon of nationalism, it may be characterized in this context as being exclusive and particularist in nature, and attaching primary importance to the group rather than to the individual.*”

44).

LÂM se refere em termos similares, indicando que agora se somavam dois novos valores ao sistema de Vestfália: a ideia racionalista-liberal de que o Estado se constituía a partir do consentimento de cidadãos em pé de igualdade, e a ideia romântica de que o Estado deveria representar as aspirações e sentidos de *self* mais profundos de um povo. (LÂM, 2000, p. 91)

CRAVEN aponta que

De forma alguma se tratam de reivindicações idênticas: a última [a tradição ocidental, RSL] parecia confrontar a autoridade do soberano com um critério de legitimidade sob uma concepção racionalista de representação, enquanto a primeira [a tradição primordialista, RSL] parecia desafiar mesmo a autoridade representativa com uma pretensão ao poder baseada na identidade de grupo. Em quaisquer dos sentidos, a autodeterminação nacional era claramente uma linguagem de mudança e reforma.<sup>22</sup> (CRAVEN, 2014, p. 227)

Nos cinquenta anos que precederam à Primeira Guerra Mundial, contudo, foi a ideia de nação da Europa central e oriental que se encontrava forte, principalmente em razão da movimentação de diversos grupos étnicos dessa região, que agora aspiravam à formação de um Estado próprio. O assim denominado “princípio da nacionalidade” surgiria, no contexto da Primeira Guerra Mundial, como um importante critério organizador do mapa europeu.

### 2.1.2. O momento wilsoniano

O “princípio da nacionalidade”, em que as fronteiras políticas deveriam guardar forte correspondência com as fronteiras etnonacionais, emerge com grande força durante a Primeira Guerra Mundial. É importante apontar que o “princípio da nacionalidade”, como passou a ser formulado em fins do século XIX e início do século XX, nem sempre foi um princípio defendido pelos nacionalistas. Quando o nacionalismo europeu se encontrava em sua primeira fase, na primeira parte do século

---

<sup>22</sup> No original: “These were not identical claims by any means: the latter appeared to confront the sovereign’s authority with a criterion of legitimacy founded upon a rationalistic conception of representation, whereas the former appeared to challenge even representative authority with a claim to power based upon group identity. In either sense, however, national self-determination was clearly the language of change and reform.”

XIX, teóricos como Giuseppe Mazzini (que, apesar da semelhança na grafia e sonoridade do sobrenome, não se confunde com Pasquale Mancini) defendiam concomitantemente outro princípio, conhecido como “princípio do ponto crítico”.

O “princípio do ponto crítico” fundamenta-se na ideia de que somente se poderia levar a sério Estados que possuíssem um contingente significativo de população e a capacidade de se sustentar e desenvolver economicamente, ao que as nacionalidades menores não deveriam ser consideradas. Nesse contexto, termos como *Kleinstaterei* (sistema de mini-Estados) ou “balcanização” (fenômeno percebido a partir da divisão do território turco em vários pequenos Estados independentes), ou “minipovos”, passam a possuir uma conotação negativa.<sup>23</sup>

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, quando Wilson compareceu à Conferência de Paz em Paris – evento diplomático para negociar o término desse conflito –, ele propôs a autodeterminação como um novo critério definidor do sistema internacional. Contudo, inicialmente, tinha em mente mais seu aspecto democrático e cívico, segundo a tradição norte-americana, francesa e inglesa, do que propriamente centrado nos “laços primordiais” decorrentes do elemento linguístico e étnico, que compunha o imaginário político principalmente da Europa central e oriental.<sup>24</sup> Ele favorecia a ideia de que a população de certo Estado deveria determinar o seu governo, articulando então o conceito, que lhe era tão amigável, de “autogoverno”, como um sinônimo de governo democrático.

Na concepção wilsoniana de uma boa administração pública, tornava-se necessário vincular a legitimidade de um governo ao consentimento dos governados. Nesse sentido, para além do que se denomina de aspecto externo da autodeterminação, a proposta wilsoniana carregava fortemente o conteúdo da legitimidade democrática, principalmente a partir da ideia de consentimento dos governados no processo de governo.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> HOBSBAWN, 1993, p. 43-44, 52. Assim sintetiza esse autor sobre o princípio do ponto crítico: “A autodeterminação das nações ajustava-se apenas para as nações consideradas viáveis: ou seja, viáveis culturalmente e, é lógico, economicamente (qualquer que fosse o significado exato de viabilidade). Nessa medida, a ideia de Mazzini e de Mill a respeito da autodeterminação nacional era fundamentalmente diferente da do presidente Wilson.” (p. 44)

<sup>24</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 22.

<sup>25</sup> HANNUM, 1996, p. 30. Nas palavras de Woodrow Wilson: “No peace can last, or ought to last, which does not recognize and accept the principle that governments derive all their just powers from the consent of the governed, and that no right anywhere exists to hand peoples about from sovereignty to sovereignty”

De acordo com MANELA,

...o termo “momento wilsoniano” captura o fato que, durante esse período, o presidente americano se tornou para milhões mundo afora o ícone da visão expoente mais proeminente, de que muitos compartilhavam, de uma sociedade internacional justa baseada no princípio da autodeterminação.<sup>26</sup>

Em paralelo a essa articulação feita por Wilson<sup>27</sup>, deve-se apontar que também os bolcheviques na Rússia se demonstraram favorável à ideia de autodeterminação nacional, reconhecendo o direito de secessão<sup>28</sup> e de formação de Estados independentes. Lenin e Stalin se colocaram em prol da “questão nacional”. Essa posição favorável decorria da percepção quanto à importância de se demonstrar que os Marxistas russos se opunham a toda forma de discriminação ou opressão de uma nação pela outra, de modo a estrategicamente amealhar o apoio à causa bolchevique. Nessa visão, a união política da Rússia (e depois, USRR) deveria ser mantida por um acordo voluntário, único capaz de fazer com que o vínculo político se tornasse durável.

Todavia, seguindo o pensamento marxista, Lenin compreendia o nacionalismo como um fenômeno da era capitalista que iria desaparecer junto com o próprio sistema subjacente. Nessa linha, o nacionalismo seria um passo necessário para o estabelecimento de uma sociedade socialista. Logo, a autodeterminação deveria servir à luta de classes, voltada a combater as nações opressoras e não a apoiar os nacionalistas

---

as if they were property.” (apud MANELA, 2009, p. 21) (“Nenhuma paz pode durar, ou deve durar, que não reconhece e aceita o princípio que os governos derivam todos os seus poderes justos do consentimento dos governados, e que nenhum direito existe em nenhum lugar em dispor de povos de soberania a soberania como se fossem propriedades.”)

<sup>26</sup> No original: “...the term ‘Wilsonian moment’ captures the fact that, during this period, the American presidente became for millions worldwide the icon and most prominent exponent of vision, which many other shared, of a just international society based on the principle of self-determination.” (MANELA, 2009, p. 6)

<sup>27</sup> Na leitura de LÂM, Wilson teria, em realidade, se apropriado da noção de autodeterminação, concebida por Lênin, de modo a oferecer uma alternativa política a esse conceito fora do campo socialista. Ver LÂM, 2000, p. 93; LÂM, 2009, p. 594. Ver também ROMBOUTS, 2014, p. 44-45, a respeito da primazia de Lenin em propor a autodeterminação. Contudo, como apontado, a tradição norte-americana já possuía algum desenvolvimento a respeito da ideia de autodeterminação.

<sup>28</sup> Como definiu a Suprema Corte do Canadá, secessão “é a tentativa de um grupo ou uma seção de um Estado em se retirar da autoridade política e constitucional desse Estado, com o objetivo de alcançar um novo Estado para uma nova unidade territorial no plano internacional.” No original: “*Secession is the effort of a group or section of a state to withdraw itself from the political and constitutional authority of that state, with a view to achieving statehood for a new territorial unit on the international plane.*” (Suprema Corte do Canadá. Reference Re Secession of Quebec. File n. 25506. 1998. parágrafo 83)



burgueses em nações oprimidas. Tratava-se, portanto, de uma decisão tática, em que se buscava o apoio para a revolução bolchevique e sua expansão.<sup>29</sup> Porém, em razão da hostilidade dos vencedores da Primeira Guerra Mundial à revolução socialista ocorrida na Rússia, a proposta bolchevique foi vista com cautela em favor da proposta wilsoniana.

As proposições de Wilson a respeito da necessidade do consentimento dos governados como ideia articuladora da autodeterminação ganhou recepção positiva de diversos grupos nacionais. Contudo, os nacionalistas não interpretaram as ideias wilsonianas exatamente do mesmo modo que seu idealizador as propugnava. A nacionalidade, definida pela língua e etnia, correspondia à verdadeira expectativa de vários grupos europeus de fins do século XIX, de lituanos a irlandeses, de húngaros a catalães.<sup>30</sup> Assim, a autodeterminação foi compreendida por diversas minorias nacionais como a ideia de que cada grupo étnico deveria formar o seu próprio Estado-nação<sup>31</sup>. A partir do momento em que teve contato com as demandas desses grupos europeus que aspiravam a um Estado-nação, Wilson reformulou sua proposta para incluir uma concepção de autodeterminação nacional.<sup>32</sup>

Essa nova formulação estaria já presente nos 14 pontos apresentados ao Congresso norte-americano, em 8 de janeiro de 1918, e se faria presente definitivamente no seu discurso ao Congresso dos EUA apresentado em 11 de fevereiro de 1918. É nesse último discurso que foi proferido o trecho apresentado no preâmbulo desse capítulo. Assim, ao lado de sua ideia originária de autogoverno, surge também a

---

<sup>29</sup> Sobre a compreensão do marxismo quanto ao direito à autodeterminação e a “questão nacional”, ver MUSGRAVE, 1997, p. 17-22; HANNUM, p. 32-33. Ainda sobre o marxismo e a “questão nacional”, afirma HOBSBAWN: “Os bem conhecidos debates marxistas internacionais sobre a ‘questão nacional’ não são meramente sobre a interpelação de slogans nacionalistas a trabalhadores que deveriam ouvir somente o chamado do internacionalismo e da classe. Era também, e talvez de forma mais imediata, sobre como tratar partidos de classe operária que simultaneamente apoiavam demandas nacionalistas e socialistas.” (HOBSBAWN, 1990, p. 147). Sobre o fato de os trabalhadores e militantes não virem conflito entre lealdade à nação e lealdade à causa socialista e operária, ao contrário do que ocorria com teóricos marxianos e membros dos Partidos Socialistas, por sua vez comprometidos com a Internacional Socialista, ver HOBSBAWN, 1990, p. 145-149.

<sup>30</sup> Ver HOBSBAWN, 1990, p. 130.

<sup>31</sup> Sobre o nacionalismo do século XIX, descreve Gellner: “...o nacionalismo refere-se à entrada, participação e identificação com uma cultura erudita, coextensiva a toda uma unidade política e a toda a população, assim tendo de ser a fim de se tornar compatível com o tipo de divisão do trabalho e do modo de produção em que a sociedade se baseia.” (GELLNER, 1993, p. 143)

<sup>32</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 23.

ideia de autodeterminação nacional.

Contudo, durante a Conferência de Paz em Paris, logo ficou evidente que a implementação do princípio da autodeterminação deparava com diversos problemas, demonstrando assim a complexidade da questão que Wilson não imaginara quando propôs esse princípio como um novo modelo organizador das relações internacionais.<sup>33</sup>

No momento de concepção da Liga das Nações, ainda que os Aliados, vencedores da guerra, tenham admitido o princípio da autodeterminação como uma importante diretriz da Conferência de Paz, não tinham qualquer intenção em aplicá-lo para os povos que se encontravam sob sua própria jurisdição.<sup>34</sup> Daí sua relutância em incorporar no Pacto que criou a Liga das Nações qualquer referência à autodeterminação, como queria Wilson.<sup>35</sup> No final das negociações, o Pacto deixou de fazer qualquer referência à autodeterminação, deixando, em seu art. 10, apenas a referência ao respeito pela integridade territorial e independência política dos Membros da Liga.<sup>36</sup>

Porém, ainda que não tenha constado textualmente no Pacto, o mapa europeu pós-Versalhes foi largamente desenhado com base nas demandas dos grupos nacionais, com o desmantelamento de impérios multiétnicos e sua substituição por Estados-nação.<sup>37</sup> Todavia, é importante destacar que diversas minorias continuaram existindo

---

<sup>33</sup> Em um relato ao Comitê de Relações Exteriores do Senado norte-americano, Wilson afirma sua ignorância quanto às nuances do mapa étnico europeu: “*When I gave utterance to those words [i.e. that all nations had a right to self-determination] I said them without the knowledge that nationalities existed, which are coming to us day after day... You do not know and cannot appreciate the anxieties that I have experienced as a result of many millions of people having their hopes raised by what I have said*”. Apud MUSGRAVE, 1997, p. 27.

<sup>34</sup> VER HANNUM, 1996, p. 28, sobre a aplicação da autodeterminação à Europa, mas não às colônias do além-mar. Aponte-se, contudo, que a ideia de autodeterminação começava ali já ser articulada por líderes nativos das colônias europeias. “Os líderes e ideólogos dos movimentos de liberação colonial e semicolonial falavam, com sinceridade, a linguagem do nacionalismo europeu, o qual eles tanto tinham aprendido no (ou do) Ocidente, mesmo quando não se encaixasse nas suas situações.” (HOBBSBAWN, 1990, p. 164).

<sup>35</sup> Segundo MAZOWER, qualquer concessão de independência aos povos africanos e asiáticos era considerada irresponsável e implicaria a instauração do caos. Assim a autodeterminação seria restrita aos europeus. O Iraque foi o único país sob mandato da Liga a que foi reconhecida a independência no entreguerras, e mesmo assim em razão da vontade do Império britânico, pautada mais por critérios econômicos do que puramente ético-normativos. Ver MAZOWER, 2009, p. 193.

<sup>36</sup> Ver MUSGRAVE, 1997, p. 30-31. Para o texto integral do Pacto da Sociedade das Nações em língua portuguesa, com comentários pertinentes, ver RANGEL, 2011, p. 17-26.

<sup>37</sup> “O ‘princípio da nacionalidade’ na formulação wilsoniana, que dominou os tratados de paz após a Primeira Guerra Mundial, produziu a Europa de 26 Estados – 27 se agregarmos o Estado Livre Irlandês

dentro dos novos Estados e que essas demandas seguiram igualmente imperativos de estratégia geopolítica dos Aliados, que coincidiam, por vezes (mas nem sempre), com os clamores de autodeterminação dos grupos nacionais.<sup>38</sup>

Diversos povos colonizados, tocados pela proposta wilsoniana, buscaram naquele momento, logo após à 1ª Guerra Mundial, avançar suas reivindicações de emancipação política a partir da ideia de autodeterminação. Contudo, a reafirmação das potências europeias e a própria retirada dos EUA no processo de formação da Liga das Nações fez com que a ideia de autodeterminação fosse logo esquecida do centro da configuração internacional pós-1ª guerra, impedindo simultaneamente a aplicação do princípio às colônias e protetorados das metrópoles europeias<sup>39</sup>.

Na Liga das Nações, esse processo seria substituído pelo sistema de minorias e de mandatos. Por meio do sistema de minorias, o reconhecimento de Estados estava condicionado à aceitação pelos novos Estados de respeito a direitos específicos de minorias (relacionados principalmente ao direito de usar a língua, manter religiões separadas e escolas especiais para a minoria – as denominadas “escolas minoritárias”). Além disso, os Estados sujeitos aos tratados de proteção de minorias deveriam se submeter à supervisão pela Liga do cumprimento dessas obrigações. Entre 1918 e 1924, 18 acordos, declarações ou convenções locais foram celebrados com essa finalidade.

Inicialmente, o Pacto que constituiu a Liga das Nações não previa a competência desse organismo internacional para proteção das minorias. Essa competência surgiu a partir de tratados firmados após a 1ª Guerra Mundial. A proteção de minorias surge como uma exigência das nações vencedoras da 1ª Guerra a determinados Estados que acabavam de recuperar ou obter sua independência, como a Polônia, Albânia e

---

que seria logo estabelecido.” (HOBBSAWN, 1990, p. 43). Hobsbawn segue depois afirmando que a aplicação do princípio conduziria à formação de “Estados wilsonianos independentes” (HOBBSAWN, 1990, p. 153), “um quebra-cabeça de Estados definidos, com raras exceções, como Estados-nações, ou como espécies de democracias burguesas parlamentares” (HOBBSAWN, 1990, p. 159). LÂM afirma que o direito à autodeterminação, nesse contexto, era concedido a povos etnicamente constituídos, desde que vivessem em impérios derrotados e fossem europeus. (LÂM, 2000, p. 113)

<sup>38</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 31. Hobsbawn sentencia: “Simplesmente não funcionou. Inevitavelmente, dada a real distribuição dos povos, a maioria dos novos Estados que se reergueu das ruínas dos antigos impérios era inteiramente tão multinacional quanto as velhas ‘prisões de nações’ que substituíram.” (HOBBSAWN, 1990, p. 161). “It should be underscored that self-determination in 1919 had little to do with the demands of the peoples concerned, unless the demands were consistent with the geopolitical and strategic interests of the Great Powers.” (HANNUM, 1996, p. 28)

<sup>39</sup> LÂM, 2000, p. 93 e 113.

Romênia. O regime de minorias era exigido tanto para o reconhecimento dos novos Estados do pós-guerra como uma condição para o ingresso na Liga. Seu fundamento é que, com a independência reconhecida, esses novos Estados poderiam ameaçar a sobrevivência cultural de minorias existentes em seus territórios, daí a necessidade de se estabelecer garantias legais, dispostas em tratados e outros instrumentos internacionais, para sua proteção, em troca do reconhecimento da independência.

Para cada novo Estado que dispunha de uma minoria a ser protegida, estabelecia-se a disciplina jurídica a respeito de sua proteção em um tratado específico. Assim, embora construído a partir de tratados, era feito sob uma base *ad hoc*, particular com cada Estado, e não por meio de um tratado geral.

O primeiro tratado que estabeleceu o regime de proteção de minorias foi celebrado em Versalhes, entre os países vencedores e a Polônia, em 1919. Esse tratado foi utilizado como modelo para outros tratados, celebrados com outros Estados. Sob esse regime de proteção, não eram as Grandes Potências as responsáveis pela proteção das minorias, mas a própria Liga. A partir da Convenção de Genebra sobre Alta Silésia, a Liga das Nações passou a receber petições a respeito de violações dos direitos das minorias (um sistema que posteriormente seria utilizado para lidar com denúncias a respeito de violações de direitos humanos)<sup>40</sup>, e, em determinadas situações, provocava a Corte Permanente de Justiça Internacional (antecessora da atual Corte Internacional de Justiça) para emitir opiniões consultivas.

O sistema de minorias foi o mecanismo encontrado pela Liga das Nações para a proteção de determinados grupos culturais. Diferente dos regimes contemporâneos de proteção dos povos indígenas, marcados por sua generalidade, o sistema das minorias formou-se de uma maneira *ad hoc*: a Liga das Nações celebrava um tratado com determinado Estado e nele se estipulavam obrigações quanto ao respeito dos direitos das minorias preservarem suas culturas. Contudo, os tratados e declarações firmados sob a égide da Liga das Nações não realizaram qualquer definição do que seriam “minorias raciais, linguísticas ou religiosas”, nem estabeleceram um sistema de registro que permitisse a identificação de um indivíduo como pertencente a uma minoria.

Para LÂM (2000), o sistema de minorias significa o reconhecimento e a tentativa da Liga das Nações de lidar com o fato de que Estados etnicamente

---

<sup>40</sup> MCKEAN, 1983, p. 32-33.

homogêneos não existiam nem antes, nem depois, de Vestfália.

Longe de ser adequado, implicava também uma injusta imposição de ônus sobre determinados Estados emergentes, enquanto as grandes potências não eram constrangidas pelo sistema. Para diversos delegados da Liga, o fato de os tratados e declarações imporem obrigações somente para certos Estados violaria o princípio da igualdade dos Estados. Sob essa perspectiva, tais obrigações deveriam ser estendidas aos demais membros da Liga. Além disso, deixava insatisfeitas diversas minorias, normalmente vinculadas aos Estados perdedores da Primeira Guerra Mundial, que se viam injustiçadas por não ter sido respeitado o seu direito à autodeterminação.<sup>41</sup>

O sistema de minorias entraria em colapso junto com a Liga das Nações em razão do advento da 2ª Guerra Mundial, que, embora tenha trazido um trágico resultado de perdas humanas, em uma dessas paradoxais reviravoltas da história, serviu igualmente como um catalisador para o processo de independência dos povos colonizados, que tomou lugar principalmente sob a ONU.

Como avançamos nesse capítulo, a autodeterminação foi concebida por Woodrow Wilson como uma forma de libertar grupos nacionais do controle de um Estado que não os reconhecia, ou os reconhecia em menor grau. Sua força motriz era a necessidade de introduzir nos processos políticos a necessidade do consentimento de grupos que não tinham acesso ao poder, ou enfrentavam óbices consideráveis para esse acesso. Embora sua proposição inicial tenha como destinatário os poderes europeus, mesmo em seu início, as potencialidades de sua aplicação e a força de seu caráter reivindicatório foram logo percebidas pelas elites dos povos colonizados.

Quanto à posição da autodeterminação no direito internacional, a Questão das Ilhas Aaland, decidida pelo Conselho da Liga das Nações, ainda que deliberada em 1920, figura como importante exemplar da percepção do *status* do princípio da autodeterminação dos povos no entreguerras. As Ilhas Aaland situam-se no Golfo da Bótnia, a 40 quilômetros da Suécia e 25 quilômetros da Finlândia. Inicialmente pertencente à Suécia, o arquipélago foi cedido à Rússia em 1809 em razão do Tratado de Fredrikshamn. A partir daí, as Ilhas Aaland vincularam-se ao Grande-Ducado da Finlândia, que constituía, à época, uma província da Rússia.

---

<sup>41</sup> Sobre o regime dos tratados de minorias, ver LÂM, 2000, 92-96; MUSGRAVE, 1997, p. 32-61; CASELLA, 2012, p. 522-526. Sobre a “desilusão com o Sistema da Liga”, propostas futuras e sua derradeira importância para o posterior regime internacional de proteção dos direitos humanos, ver MCKEAN, 1983, p. 33-45.

Com a emancipação da Finlândia em relação à Rússia em 1917, a população das Ilhas Aaland, composta em sua quase totalidade por descendentes suecos, buscou-se desvincular-se da Finlândia e juntar-se à Suécia, país com que guardavam maior afinidade linguística e cultural. Para tanto, organizaram plebiscitos, que resultaram favoráveis à anexação das Ilhas Aaland ao Estado sueco. A Finlândia opôs-se à pretensão dos habitantes dessas Ilhas. Em comum acordo com a Suécia, a Finlândia aceitou submeter o caso à apreciação do Conselho da Liga das Nações, órgão político de cúpula dessa extinta organização internacional.

Foram elaborados dois relatórios a respeito da denominada Questão das Ilhas Aaland. O primeiro deles por um Comitê de Juristas, composto pelos professores F. Larnaude, A. Strycken e Max Huber<sup>42</sup>. Esse relatório teve como finalidade definir as competências da Liga das Nações para analisar a controvérsia, isto é, buscou examinar se se tratava de uma questão de jurisdição exclusiva interna ou se tinha repercussão para o direito internacional. O segundo relatório, com um tom mais político do que propriamente jurídico, foi apresentado por uma Comissão de Relatores apontada pelo Conselho da Liga das Nações.<sup>43</sup>

Em ambos os Relatórios, a ideia da autodeterminação foi devidamente apreciada. No Relatório do Comitê de Juristas, entendeu-se que a autodeterminação não se tratava de uma norma recebida pelo direito internacional. Portanto, não teria um caráter jurídico. Assim se manifestou o Comitê de Juristas:

2. (...) Embora o princípio da autodeterminação desempenhe um importante papel no pensamento político moderno, especialmente desde a Grande Guerra, deve-se apontar que não há menção a ele no Pacto da Liga das Nações. O reconhecimento desse princípio em certo número de tratados internacionais não pode ser considerado como suficiente para alçá-lo ao mesmo patamar de uma regra positiva do Direito das Nações. Pelo contrário, na ausência de disposições expressas em tratados internacionais, o direito de dispor do território nacional

---

<sup>42</sup> Report of the International Committee of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an advisory opinion upon the legal aspects of the Aaland Islands question – League of Nations Off. J. Spec. Supp. No. 3 (Oct. 1920). Disponível em <http://www.ilsa.org/jessup/jessup10/basicmats/aaland1.pdf>. Acesso em 24 jan 2014.

<sup>43</sup> Report presented to the Council of the League of Nations by the Commission of Rapoporteurs. LN Council Doc. B7 21/68/106 (1921). Disponível em <http://www.ilsa.org/jessup/jessup10/basicmats/aaland2.pdf>. Acesso em 24 jan 2014.

é essencialmente um atributo da soberania de todo Estado. O Direito Internacional Positivo não reconhece o direito de grupos nacionais, enquanto tais, a separar do Estado de que formam parte pela simples expressão de uma vontade, não mais do que reconhece o direito de outros Estados de reivindicar tal separação. Falando de modo geral, a concessão ou recusa do direito de uma parcela da população de determinar seu próprio destino político por plebiscito ou algum outro método, é, exclusivamente, um atributo da soberania de todo Estado que esteja definitivamente constituído.<sup>44</sup>

O Relatório do Comitê de Juristas concluiu pela competência da Liga das Nações para deliberar sobre a Questão. O Relatório apresentado pela Comissão de Relatores igualmente repudiou o caráter normativo do princípio<sup>45</sup>, considerando-o uma fórmula geral e imprecisa. Interessante para a compreensão do tema a respeito de definir uma coletividade humana como minoria ou povo, que será retomado no capítulo seguinte, essa Comissão assim se manifestou:

É possível admitir, como regra absoluta, que uma minoria da população de um Estado, que é definitivamente constituída e perfeitamente capaz de cumprir seus deveres como tal, tem o direito de separar da população de modo a ser incorporada em outro Estado, ou declarar sua independência? A resposta somente pode ser negativa. Conceder às minorias, tanto linguísticas como religiosas, ou a qualquer fração da população o direito de se retirar da comunidade a que pertence, porque assim é seu desejo ou a seu bel-prazer, implicaria destruir a ordem e estabilidade dentro dos Estados e inaugurar anarquia na vida internacional; seria manter uma teoria incompatível com a própria ideia de Estado como uma unidade territorial e

---

<sup>44</sup> No original: “2. (...) Although the principle of self-determination of peoples plays an important part in modern political thought, especially since the Great War, it must be pointed out that there is no mention of it in the Covenant of the League of Nations. The recognition of this principle in a certain number of international treaties cannot be considered as sufficient to put it upon the same footing as a positive rule of the Law of Nations. On the contrary, in the absence of express provisions in international treaties, the right of disposing of national territory is essentially an attribute of the sovereignty of every State. Positive International Law does not recognize the right of national groups, as such, to separate themselves from the State of which they form part by the simple expression of a wish, any more than it recognizes the right of other States to claim such a separation. Generally speaking, the grant or refusal of the right to a portion of its population of determining its own political fate by plebiscite or by some other method, is, exclusively, an attribute of the sovereignty of every State which is definitively constituted.”

<sup>45</sup> Assim disse o Comitê: “O princípio não é, propriamente falando, uma regra de direito internacional e a Liga das Nações não o inseriu em seu Pacto. No original: “The principle is not, properly speaking, a rule of international law and the League of Nations has not entered it in its Covenant.”

política.<sup>46</sup>

Essas considerações, em ambos os Relatórios, exemplificam não só a ausência de juridicidade atribuída à autodeterminação naquele momento, mas as controvérsias e problemas decorrentes de sua aplicação.

Em suma, embora tenha sido relevante para a reconfiguração da Europa, o princípio da autodeterminação não foi reconhecido como norma jurídica. Não constou expressamente nem no Pacto que deu origem à Liga das Nações, e nem em tratados subsequentes. Logo, ainda que elevado a um princípio moral e político no plano internacional no entre guerras, não se pode afirmar que o princípio da autodeterminação tenha sido reconhecido pelo direito internacional. A sombra da 2ª Guerra Mundial serviria ainda mais para enterrar o princípio da autodeterminação nacional no contexto da Liga. Como lembra HOBSBAWN, Hitler seria, ao fim e ao cabo, um “nacionalista wilsoniano lógico” (HOBSBAWN, 1990, p. 162). Todavia, isso iria se modificar com a construção de uma nova organização internacional de caráter universal, substituta da Liga das Nações: as Nações Unidas (HANNUM, 1996).

### 2.1.3 O momento onusiano

A partir de 1945, com a fundação da Organização das Nações Unidas (doravante, ONU), tem início um processo em que o princípio da autodeterminação se torna dotado de juridicidade.

Em razão da proposta soviética, o princípio da autodeterminação foi incluído na Carta da ONU<sup>47</sup>, com o texto “baseadas no respeito ao princípio de igualdade de

---

<sup>46</sup> No original: “Is it possible to admit as an absolute rule that a minority of the population of a State, which is definitely constituted and perfectly capable of fulfilling its duties as such, has the right of separating itself from her in order to be incorporated in another State or to declare its independence? The answer can only be negative. To concede to minorities, either of language or religion, or to any fractions of a population the right of withdrawing from the community to which they belong, because it is their wish or their good pleasure, would be to destroy order and stability within States and to inaugurate anarchy in international life; it would be to uphold a theory incompatible with the very idea of the State as a territorial and political unity.”

<sup>47</sup> Para esse trabalho, foi utilizada versão oficial em português da Carta da ONU, conforme consta no Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm). Acesso em 22 jan 2014.



direitos e de autodeterminação dos povos”, inserido no art. 1º, par. 2º<sup>48</sup> e no art. 55<sup>49</sup> desse tratado internacional. A autodeterminação, constando agora na parte dispositiva de um tratado constitutivo de uma organização internacional, alça, assim, o seu *début* como norma de direito internacional.

A Carta da ONU não oferece nenhuma definição do que se deve entender por “autodeterminação dos povos”, e nem se pode extrair o seu sentido dos trabalhos preparatórios. Da manifestação do Ministro das Relações Exteriores da União Soviética à época, Molotov, é possível afirmar que seu principal sentido era permitir a independência dos países então considerados dependentes. Nos termos da Carta da ONU, os “países dependentes” seriam aqueles territórios sem governo próprio e os territórios sob tutela, disciplinados na Carta nos Capítulos XI, XII e XIII, que substituíam o sistema de mandato da extinta Liga das Nações. Para MUSGRAVE, o princípio da autodeterminação dos povos, ainda que não expressamente, estaria subjacente nos Capítulos XII e XIII da Carta, pois era o que fundamentava o sistema de mandatos da Liga das Nações, substituído pelo sistema de tutela da ONU.<sup>50</sup>

Uma segunda fase desse momento onusiano decorre de um conjunto de Resoluções aprovadas pela Assembleia-Geral. Com o fim da 2ª Guerra Mundial, iniciou-se um processo – longo e cheio de impasses e tensões – voltado para a descolonização principalmente dos continentes africano e asiático, que foi gradualmente reconhecendo novos Estados no clube das nações.

Nesse processo, o princípio da autodeterminação adquiriu centralidade, e constou em diversas Resoluções promulgadas no âmbito da ONU. Essas declarações visavam a definir algumas diretrizes de como deveria ocorrer o processo de descolonização, e quais as opções viáveis para a realização da autodeterminação dos

---

<sup>48</sup> Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: (...) 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; (...).

<sup>49</sup> Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

<sup>50</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 64.

povos. As principais Resoluções da Assembleia-Geral vincularam a ideia de autodeterminação à descolonização, refletindo a intenção de países do terceiro mundo e do bloco soviético em dismantelar os impérios coloniais dos Estados ocidentais.

Já na Resolução 637 (VII) de 16 de dezembro de 1952, os membros da ONU foram conclamados a reconhecer e implementar o direito à autodeterminação dos povos dos territórios sem governo e territórios sob tutela que se encontravam sob sua administração. Nesse contexto, uma série de Resoluções passou a ser aprovada, estipulando parâmetros para que fosse possível aferir se um determinado território possuiria povos capazes de autogoverno.<sup>51</sup>

Entre 1955 e 1965, ocorre uma significativa expansão dos Estados-membros na ONU, incorporando ex-colônias europeias. Isso modifica drasticamente o debate político na Assembleia-Geral da ONU, cujo processo decisório atribui a cada Estado um direito igualitário de voto.<sup>52</sup> Como um importante marco no processo de descolonização, a Resolução n. 1514 (XV) de 14 de dezembro de 1960, denominada “Declaração sobre o Reconhecimento de Independência aos Países e Povos Coloniais” tornou-se o posicionamento autorizado da Assembleia-Geral a respeito das situações coloniais. Para HANNUM (1996, p. 33), essa Resolução representaria a transformação da autodeterminação de princípio em um direito subjetivo conferido a uma coletividade.

A Resolução n.º 1514 afirma o direito à autodeterminação de todos os povos, cujo texto seria repetido *ipsis literis* no art. 1º, par. 1º, dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos. No preâmbulo, a Resolução faz referência à necessidade de pôr rapidamente um termo, livre de quaisquer condições, ao colonialismo, sob todas as suas formas e manifestações. Em seguida, declara no parágrafo 1º que a submissão de povos à subjugação estrangeira, dominação e exploração figura como negação dos direitos fundamentais, contrária à Carta da ONU e um obstáculo para a promoção da paz

---

<sup>51</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 69-70. Além das mencionadas, o autor indica as Resoluções n. 567 (VII), de 18 de janeiro de 1952, 648 (VII), de 10 de dezembro de 1952, a 742(VIII) de 27 de novembro de 1953, a 2105 (XX) de 20 de dezembro de 1965, a 2131(XX) de 21 de dezembro de 1965, a 2160(XXI) de 30 de novembro de 1966, a 2621 (XX) de 20 de dezembro de 1970, a 3314 (XXIX) de 14 de dezembro de 1974, a 33/24 de 29 de novembro de 1978. Ver p. 69-77.

<sup>52</sup> Como aponta MAZOWER, com isso a Assembleia-Geral deixa de ser uma crítica do *status quo* colonial e passa a defender uma nova ordem global de Estados-nação. Isso conduziria a uma mudança de identidade inesperada da instituição, permitindo que agora ela fale em nome dos povos do mundo. Seria assim a emergência de uma genuína “sociedade internacional” de Estados. Ver MAZOWER, 2009, p. 199.

mundial e da cooperação.<sup>53</sup>

Todavia, a transição de colônia para um Estado independente não deveria trazer qualquer impacto à composição territorial dos novos Estados, que foi expressamente dito no parágrafo 6: “Qualquer tentativa direcionada à ruptura parcial ou total da unidade nacional ou integridade territorial de um país é incompatível com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas.”<sup>54</sup>

Assim, já é possível verificar que o uso do conceito não se faz sem refletir uma tensão: a autodeterminação dos povos se realiza, mas com observância do princípio da integridade territorial, que, nesse contexto, se traduziria na regra *uti possidetis iuris*, segundo o qual deveriam ser mantidos os limites territoriais existentes como traçados administrativamente no período de colonização. Dito de outro modo, a base territorial dos novos Estados pós-coloniais não corresponde a singularidades culturais específicas de um povo, não se baseando em critérios étnicos, mas se resume às fronteiras administrativas existentes conforme havia sido pactuado pelas potências europeias quando da definição dos territórios coloniais.<sup>55</sup>

Porém, como observa LÂM (2000, p. 115), a Declaração não define o que se entende por “povos”, não avança na definição do conteúdo da autodeterminação e muito menos esclarece como solucionar situações em que esse direito se conflita com outros.

No dia seguinte à adoção da Resolução n. 1514 (XV), a Assembleia-Geral aprovou outra importante Resolução, de n. 1541 (XV), de 15 de dezembro de 1960. Essa resolução também possuía uma forte linguagem anticolonial e teve como finalidade oferecer um guia para permitir aferir qual território sem governo deveria ser

---

<sup>53</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 70. Sobre os Pactos Internacionais de Direitos Humanos e o princípio da autodeterminação, ver 2.1.3.1 *infra*.

<sup>54</sup> No original: “Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.”

<sup>55</sup> Diante do princípio da intangibilidade das fronteiras territoriais, que mantinham diversos grupos étnicos dentro do mesmo Estado e que pautou todo o processo descolonizador no âmbito das Nações Unidas, HOBBSAWN vê um distanciamento do princípio das nacionalidades típico do momento wilsoniano. Percebendo uma mudança no contexto onusiano, HOBBSAWN afirma: “De fato, a emergência de agitações étnicas e separatistas é devida, em parte, ao fato de que o princípio da criação de Estados desde a Segunda Guerra Mundial, contrariamente à crença comum, nada tem a ver com a autodeterminação nacional wilsoniana que existiu logo após a Primeira Guerra Mundial. A emergência dessas agitações refletia três forças: descolonização, revolução e, naturalmente, a intervenção de poderes externos. Mais da metade dos Estados existentes na atualidade tem menos de quarenta anos; isto limita seriamente a incidência do ‘princípio da nacionalidade’ tradicional.” (HOBBSAWN, 1996, p. 203). Sobre o *uti possidetis iuris* e a autodeterminação dos povos, abordamos 2.1.3.2 *infra*.

reconhecido como detentor da prerrogativa de autogoverno, isto é, possível de constituir um novo Estado.<sup>56</sup>

Nesse quadro, o que se destaca é que a autodeterminação tornou-se fortemente vinculada à ideia de descolonização e perdeu, em certa medida, a proposta wilsoniana de significar a legitimidade de condução das políticas governamentais. A fragilidade das instituições democráticas não poderia servir como motivo para se negar a constituição de Estados por povos colonizados e o processo de constituição teria como base o reconhecimento dos limites territoriais estabelecidos durante o período de colonização.

Contudo, isso seria amenizado por outra importante Resolução, a de n. 2625 (XX) de 24 de outubro de 1970, denominada de “Declaração dos Princípios de Direito Internacional concernente às Relações Amistosas e Cooperação entre Estados em conformidade à Carta das Nações Unidas”. Distanciando-se das predecessoras, MUSGRAVE nota que, nessa Resolução, a autodeterminação não foi limitada à descolonização, passando a ter um sentido mais amplo, nos termos de seus parágrafos 1 e 2. De acordo com esse autor, isso decorria de uma intenção dos países ocidentais, que rejeitaram as Resoluções 1514 (XX) e 1541 (XX), em estender o princípio da autodeterminação para além do contexto colonial, fazendo com que tivesse uma aplicação universal. O parágrafo 7 dessa Resolução ainda ligaria, na visão desse autor, a ideia de autodeterminação ao governo representativo e condicionaria a integridade territorial à manutenção de um governo pautado na vontade dos governados.<sup>57</sup>

Compare-se, por exemplo, as modalidades previstas para o exercício da autodeterminação na Resolução 1514 (XX) e a Resolução n. 2625 (XX). De acordo com a Resolução n. 1514 (XX), “O estabelecimento de um Estado soberano e independente, a associação livre ou integração com um Estado independente ou a emergência em outro *status* político livremente determinado por um povo constituem modos de implementar o direito à autodeterminação por esse povo.”<sup>58</sup>

Contudo, a Resolução n. 2625 (XX) adiciona novos requisitos à autodeterminação, quando aponta que:

---

<sup>56</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 72.

<sup>57</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 75-76.

<sup>58</sup> No original: “*The establishment of a sovereign and independent State, the free association or integration with an independent State or the emergence into any other political status freely determined by a people constitute modes of implementing the right of self-determination by that people.*”

Nada nos parágrafos anteriores pode ser construído como autorizando ou encorajando qualquer ação que possa desmembrar ou reduzir, totalmente ou em parte, a integridade territorial ou unidade política de Estados soberanos e independentes conduzidos em cumprimento ao princípio dos direitos iguais e autodeterminação dos povos como descritos acima e assim detentores de um governo representando todo o povo pertencente ao território sem distinção de raça, crença ou cor.<sup>59</sup> (grifo nosso)

A Resolução n. 2625 (XX) é de crucial importância para a relação entre autodeterminação e participação política, bem como a ampliação das modalidades do exercício desse direito. Em primeiro lugar, a autodeterminação dos povos passa a depender de critérios de legitimidade de representação política. Dito de outro modo, só há uma plena realização do princípio da autodeterminação quando é concedida oportunidade ao povo interessado em se pronunciar sobre seu *status* político e participar dos processos decisórios governamentais<sup>60</sup>. Em segundo lugar, agora a autodeterminação não conduz necessariamente ao direito de um grupo se tornar independente e constituir um novo Estado. A autodeterminação, no frasear dessa Declaração, pode ser exercida de diversos modos, e, após elencar algumas possibilidades, não deixa dúvidas quanto ao seu caráter *numerus apertus*: caberá a processos posteriores definir como ela pode se realizar. Contudo, o caráter de participação política deverá sempre estar presente, em qualquer dessas modalidades.

Sobre essas Resoluções, resume MUSGRAVE quanto às possibilidades dadas ao sentido da autodeterminação:

As Resoluções 1514 (XV) e 1541 (XV) colocaram uma ênfase especial na realização da independência como o resultado normal da autodeterminação. O parágrafo 4 da Resolução 2625 (XXV), entretanto, apresenta a independência apenas como uma de diversas alternativas igualmente legítimas, declarando que o

---

<sup>59</sup> No original: “Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.”

<sup>60</sup> Nesse sentido, ver LÂM, 2000, p. 125.

direito à autodeterminação pode ser implementado pelo estabelecimento de um Estado independente, associação ou integração com um Estado independente, ou ‘a emergência em outro *status* político livremente determinado por um povo’ foi uma inovação; isso permitiu o reconhecimento de arranjos políticos outros além daqueles enumerados na Resolução 1541 (XV) a serem considerados como expressões legítimas da autodeterminação.<sup>61</sup> (MUSGRAVE, 1997, p. 76 – tradução nossa)

No mesmo sentido, CRAVEN (2014) aponta para a priorização gradual durante esse período da ideia de autodeterminação como um princípio associado à noção republicana de autogoverno ao invés de um veículo de alinhamento das fronteiras do Estado com a da nação, colocando em segundo plano, portanto, o seu sentido primordialista. Tratar-se-ia, portanto, de um princípio interno voltado à liberdade democrática de todo povo e como um critério de legitimidade democrática dos governos dos Estados.<sup>62</sup>

Entretanto, como nota LÂM, o que essas Resoluções também fizeram foi excluir os povos tribais e indígenas, situados dentro de Estados que não a metrópole, de afirmar sua autodeterminação. A subjugação eventualmente percebida por esses povos deveriam ser traduzidas em violações de seus direitos individuais, conforme o direito internacional dos direitos humanos, para então tentar atrair as sanções correspondentes do direito internacional.<sup>63</sup> Em sentido semelhante, HANNUM indica que, no momento onusiano, a definição de “povos” implicava habitantes não-europeus de antigas colônias, sem considerações maiores a respeito de sua etnicidade, língua, religião, ou outras características objetivas dos povos colonizados. É o território que assume um papel determinante, e não a nação.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> No original: “Resolutions 1514 (XV) and 1541 (XV) placed particular emphasis on the attainment of Independence as the normal outcome of self-determination. Paragraph 4 of Resolution 2625 (XXV), however, presented independence as only one of several equally legitimate alternatives, declaring that the right of self-determination could be implemented by the establishment of an independent state, association, or integration with an independent state, or ‘the emergence into any other political status freely determined by a people’. The option of ‘any other political status freely determined by a people’ was an innovation; it permitted the recognition of political arrangements other than those enumerated in Resolution 1541 (XV) to be considered as legitimate expressions of self-determination.”

<sup>62</sup> ROMBOUTS, 2014, p. 50.

<sup>63</sup> LÂM, 2000, p. 98.

<sup>64</sup> HANNUM, 1993, p. 36.

Como observa HANNUM, ainda que as Resoluções da Assembleia-Geral não produzam *per se* normas jurídicas internacionais<sup>65</sup>, a adoção unânime das Resoluções de n. 1541 e 2625<sup>66</sup> e outras indicando o direito à autodeterminação possuem grande significação, somado ao fato de que a maioria dos Estados aderiram a um ou outro dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, que preveem o direito à autodeterminação.<sup>67</sup>

Os debates da Assembleia-Geral sobre a autodeterminação dos povos também transbordaram para litígios e pedidos de opiniões consultivas demandados à Corte Internacional de Justiça (CIJ), que a ele se referiu em diversas oportunidades. Por vezes, a Corte não se manifestou sobre o tema (ainda que as partes tivessem assim provocado), por vezes o fez implicitamente e em determinados casos abordou o assunto de maneira direta.<sup>68</sup> A Corte Internacional de Justiça também passou a fazer o uso recorrente da ideia de autodeterminação, igualmente aplicando-a ao contexto de descolonização em diversos casos contenciosos e pareceres consultivos que proferiu.

No *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)* e no *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, com exceção de uma alusão feita pelo Juiz Spiropolous no primeiro caso, embora a autodeterminação tenha sido fundamento das manifestações das partes, o tema não foi examinado pela Corte. No caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, o juiz Ammoun, em seu voto separado, examina o direito à autodeterminação e o papel das resoluções da Assembleia-Geral da ONU – em especial, a Resolução n. 1514 (XV) – para definição de seu conteúdo legal. Contudo, não há menção sobre a autodeterminação no julgamento principal do caso pela Corte.

O primeiro caso em que o direito à autodeterminação foi diretamente enfrentado pela Corte refere-se à Opinião Consultiva sobre o *status* da Namíbia – *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South*

---

<sup>65</sup> Ver contudo, LÂM, 2000, p. 124, para quem a Resolução 2625 é vista como um *datum* de direito costumeiro internacional.

<sup>66</sup> A CIJ considerou que a Resolução n. 2625 reflete o direito costumeiro internacional. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p.403.* parágrafo 80.

<sup>67</sup> Ver HANNUM, 1996, p. 45.

<sup>68</sup> Para uma análise das decisões da CIJ nesses casos, ver MUSGRAVE, 1997, p. 77-90.

*West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Nesse caso, de acordo com a Corte, “o desenvolvimento subsequente do direito internacional em relação aos territórios sem governo próprio, como estabelecido na Carta das Nações Unidas, tornou o princípio da autodeterminação aplicável a todos eles.”.<sup>69</sup> (pp. 16, 31)

A autodeterminação foi novamente apreciada pela Corte na Opinião Consultiva sobre *Western Sahara*. Nesse caso, após referir a certas disposições das Resoluções 1514 (XV), 1541 (XV) e 2625 (XXV), a Corte concluiu que era necessário, no processo de autodeterminação, “prestar consideração à vontade livremente expressa dos povos” (P. 33). Nesse caso, a CIJ reconheceu que as tribos do Saara ocidental se qualificavam como um povo.

Como aponta LÂM,

...a CIJ entendeu que um povo – definido pelo senso de identidade coletiva, presente de autorregulação política e um território previsível de atividade econômica – pode, na ausência dos índices tradicionais de autogoverno, população estável e território demarcado – afirmar a autodeterminação.”<sup>70</sup> (LÂM, 2000, p. 129)

No caso *East Timor (Portugal v. Australia)*, a Corte reconheceu a autodeterminação como “um dos princípios essenciais do direito internacional contemporâneo” e o seu caráter *erga omnes*.<sup>71</sup> (p. 102)

O direito à autodeterminação surge também no início do terceiro milênio em dois pareceres consultivos da CIJ. No Parecer Consultivo *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*<sup>72</sup>, a CIJ entendeu que o direito internacional da autodeterminação evoluiu de maneira a criar um direito à independência dos povos de territórios sem governos e sujeitos à subjugação,

<sup>69</sup> No original: “the subsequent development of international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations, made the principle of self-determination applicable to all of them.”

<sup>70</sup> No original: “...the ICJ held that a people – defined by its sense of collective identity, presence of political self-regulation and predictable territory of economic activity – can, absent traditional indices of self-government, stable population, and demarcated territory, assert self-determination.” E continua: o direito internacional “merely requires that the people concerned exhibit a definable collective political identity.” (p. 129)

<sup>71</sup> *East Timor (Portugal v. Australia)*. Judgement, ICJ Reports 1995, p. 90. Parágrafo 29.

<sup>72</sup> *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p.403.



dominação e exploração estrangeira.<sup>73</sup> No parecer consultivo dado no *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*<sup>74</sup>, a Corte reafirmou o caráter *erga omnes* do direito à autodeterminação, dessa vez aplicado ao povo palestino (ver especialmente parágrafo 155).

#### 2.1.3.1. A autodeterminação nos tratados de direitos humanos

A autodeterminação logo deixou de compor apenas o texto das Declarações voltadas à descolonização para adquirir *status* de direito positivo nos dois pactos internacionais de direitos humanos celebrados no âmbito do sistema universal.

Logo após a constituição da ONU, decidiu-se por formular uma Declaração de caráter universal relacionada à proteção dos direitos humanos. Essa Declaração, inicialmente, não teria um efeito vinculante conferido pelo direito internacional, possuindo mais um caráter de enunciação política e moral. Em paralelo a essa Declaração, buscou-se traduzir os direitos elencados para um instrumento reconhecido como tratado pelo direito internacional. A Declaração foi logo denominada Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante, DUDH), e os tratados internacionais que lhe seguiram foram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>75</sup>.

Na DUDH, não consta qualquer referência ao direito à autodeterminação. Durante as negociações dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, novamente por proposta soviética, foi debatido a inserção do direito à autodeterminação dos povos, posteriormente recomendada pela Assembleia-Geral da ONU mediante as Resoluções 421D(V) e 545(V). Embora tenha ocorrido oposição por parte dos países ocidentais, o direito à autodeterminação dos povos foi expressamente incluído em ambos os Pactos.<sup>76</sup> Assim, o PIDCP e o PIDESC preveem, em seu art. 1º, o direito à autodeterminação dos

---

<sup>73</sup> Ibid., parágrafo 79.

<sup>74</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136.

<sup>75</sup> Para esse trabalho, foi utilizada versão oficial em português, conforme consta nos Decretos n. 592 e 591, respectivamente, ambos de 6 de julho 1992. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm) e [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em 22 jan 2014.

<sup>76</sup> Ver MUSGRAVE, 1997, p. 68.

povos, compartilhando idêntico teor.<sup>77</sup>

Em relação aos sistemas regionais de direitos humanos, deve-se destacar que não há previsão no Pacto de San José da Costa Rica ou na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos a respeito do direito à autodeterminação. Contudo, é diferente a opção africana. O art. 20 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, também conhecida como Carta de Banjul, estabelece expressamente o direito à autodeterminação<sup>78</sup>. Comentando esse artigo, MUSGRAVE conclui que o uso de frases como “povos colonizados ou oprimidos” e “libertação contra dominação estrangeira” denotam que nela o direito à autodeterminação foi equiparado à descolonização.<sup>79</sup>

Todavia, tão forte se atrelou a ideia da autodeterminação à ideia da descolonização que se criou uma resistência para se reconhecer qualquer possibilidade de aplicação do direito à autodeterminação quando não articulada dentro desse contexto.

Veja-se, por exemplo, as declarações feitas pelos governos indiano e indonésio quando da adesão aos Pactos Internacionais<sup>80</sup>. O governo indiano afirmou que “o direito à autodeterminação constante nesse artigo aplica-se apenas aos povos sob dominação estrangeira e que essas palavras não se aplicam a Estados soberanos independentes ou a

---

<sup>77</sup> Assim é o seu texto: “Artigo 1. 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência. 3. Os Estados Partes do presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.”

<sup>78</sup> Assim prevê o art. 20: “1. Todo o povo tem direito à existência. Todo o povo tem um direito imprescritível e inalienável à autodeterminação. Ele determina livremente o seu estatuto político e assegura o seu desenvolvimento econômico e social segundo a via que livremente escolheu. 2. Os povos colonizados ou oprimidos têm o direito de se libertar do seu estado de dominação recorrendo a todos os meios reconhecidos pela Comunidade Internacional. 3. Todos os povos têm direito à assistência dos Estados Partes na presente Carta, na sua luta de libertação contra a dominação estrangeira, quer esta seja de ordem política, econômica ou cultural.”  
 Texto extraído em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>. Acesso em 04 fev 2014.

<sup>79</sup> MUSGRAVE, 1997, p. 92.

<sup>80</sup> As declarações foram extraídas de sítio oficial das Nações Unidas. Disponível em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en#EndDec) Acesso em 24 jan 2014.

uma parcela de um povo ou nação – que é a essência da integridade nacional.”<sup>81</sup> Por sua vez, o governo indonésio consignou que “as palavras ‘o direito à autodeterminação’ constante nesse artigo não se aplica à parcela de um povo dentro de um Estado soberano independente e não pode ser interpretado como autorizando ou encorajando qualquer ação que possa desmembrar ou prejudicar, em todo ou em parte, a integridade territorial ou unidade política de Estados soberanos e independentes.”<sup>82</sup>

No “momento onusiano”, por compreender um amplo processo de descolonização do continente africano e asiático, evidencia-se que a autodeterminação foi lida, principalmente, como o direito dos territórios sem governo de se emancipar e se desvincular das antigas metrópoles coloniais. Contudo, diante da universalidade com que o princípio foi declarado, tanto no instrumento constitutivo da Carta da ONU, como nos tratados de direitos humanos, é de se perguntar se a autodeterminação dos povos também possuiria uma aplicação a povos dentro de Estados independentes. Esse seria o ponto da polêmica envolvendo a denominada “tese belga”.

---

<sup>81</sup> A declaração, em sua integralidade, assim consta no original: “I. With reference to article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Government of the Republic of India declares that the words ‘the right of self-determination’ appearing in [this article] apply only to the peoples under foreign domination and that these words do not apply to sovereign independent States or to a section of a people or nation--which is the essence of national integrity.” Deve-se apontar que a França, Holanda e Alemanha apresentaram fortes objeções contra essa declaração. Interpretando essa declaração, MUSGRAVE aponta que ela rejeita explicitamente as noções de autodeterminação pela qual o direito é compreendido como o direito ao governo representativo ou o direito de um grupos étnicos específicos em determinar seu próprio status político. Ver MUSGRAVE, 1997, p. 93.

<sup>82</sup> A Declaração, em sua integralidade, assim consta no original: “With reference to Article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Government of the Republic of Indonesia declares that, consistent with the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation Among States, and the relevant paragraph of the Vienna Declaration and Program of Action of 1993, the words “the right of self-determination” appearing in this article do not apply to a section of people within a sovereign independent state and can not be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent states.”

### 2.1.3.2. A tese belga<sup>83</sup>

Nesse momento onusiano que precedeu a aprovação da Declaração, não houve qualquer intenção da maioria dos Estados em oferecer garantias a grupos internos ou abrir as portas do direito internacional para escrutínio de suas relações com coletividades étnicas situadas dentro do seu território. Contudo, a Bélgica tentou convencer os demais membros da ONU de que esse tema teria deixado de ser ponto do “domínio reservado” dos Estados a partir da aprovação da Carta da ONU.

A tese belga (*la thèse belge*) figura como uma interpretação avançada pelo governo belga logo após a aprovação da Carta das Nações Unidas, envolvendo especificamente o Capítulo XI da Carta, que trata dos denominados “territórios sem governo próprio”. A tese não tinha como propósito, ao menos explicitamente, afirmar o direito à autodeterminação de povos autóctones e minorias étnicas. Em realidade, nas formulações do governo belga, não há qualquer referência ao direito à autodeterminação.

De acordo com a tese belga, o Capítulo XI da Carta das Nações Unidas não se restringiria à aplicação das relações entre a metrópole e as colônias do além-mar, como defendiam tanto os EUA como os países da América Latina e aqueles em processo de descolonização. O governo da Bélgica afirmava que também os Estados independentes que não possuíam colônias do além-mar estavam submetidos às obrigações inseridas no Capítulo XI da Carta.

De acordo com LANGENHOVE (1954), os benefícios das disposições do Capítulo XI deveriam se estender a todos os povos que não alcançaram totalmente o autogoverno, independentemente da designação dada aos territórios em que vivem. O sentido do Capítulo XI iria, portanto, muito além da noção de colônias e protetorados.

Entender de outro modo significaria excluir injustamente outros povos indígenas de usufruir os benefícios da proteção do Capítulo XI.<sup>84</sup> Assim verbaliza LANGENHOVE:

---

<sup>83</sup> Para a exposição da tese belga, utilizamos principalmente a monografia de F. V. LANGENHOVE, “*The Question of the Aborigines before the United Nations: The Belgian Thesis*”(1954). Langenhove atuou como embaixador extraordinário e plenipotenciário e representante permanente da Bélgica junto às Nações Unidas na época em que a tese foi articulada, exercendo também o ofício de professor na Universidade de Bruxelas.

<sup>84</sup> LANGENHOVE, 1954, p. 9.

Qual, precisamente, é o objetivo buscado nesse Capítulo [XI, RSL]? É: promover ao máximo o bem-estar dos habitantes desse território; para esse fim, assegurar seu desenvolvimento político, econômico, social e educacional, seu tratamento justo e sua proteção contra abusos; desenvolver o autogoverno. Como seria possível aos Estados que possuem povos aborígenes sob sua administração argumentar que tal objetivo não é a eles pertinente, mas apenas a territórios coloniais?<sup>85</sup> (LANGENHOVE, 1954, p. 61 – tradução nossa)

E apresenta em suas conclusões:

...como pode se admitir que a sua [intenção dos formuladores da Carta da ONU, RSL] era excluir do benefício [do Capítulo XI, RSL] justamente aqueles aborígenes que mais precisam dele? Se recordarmos da atmosfera prevalecente naqueles dias, pode-se facilmente compreender que os formuladores da Carta estavam desejosos de enfatizar, *inter alia*, a obrigação do desenvolvimento de autogoverno entre os povos afetados. (...) Milhões de povos aborígenes têm sido excluídos das garantias internacionais de que agora necessitam mais do que nunca. Essas garantias devem ser-lhes restauradas. Um apelo a isso não pode deixar indiferente qualquer espírito generoso.<sup>86</sup> (LANGENHOVE, 1954, p. 94 – tradução nossa)

Nessa leitura, a maneira como os Estados independentes se relacionavam com grupos minoritários étnicos também deveria estar sujeito à supervisão internacional, assim como as metrópoles se submetiam a esse monitoramento em relação às suas colônias. Nenhum povo considerado indígena que ainda não tivesse alcançado o autogoverno estaria excluído de se beneficiar da “proteção sagrada” (*sacred trust*)

---

<sup>85</sup> No original: “What, precisely, is the objective aimed at in this Chapter? It is: to promote to the utmost the well-being of the inhabitants of these territories; to this end, to ensure their political, economic, social and educational advancement, their just treatment and their protection against abuses; to develop self-government. How would it be possible for States having aboriginal peoples under their administration to claim that such an objective does not concern them, but only the colonial territories?”

<sup>86</sup> No original: “...how can it be assumed that their [the framers of the Charter] was to exclude from the benefit of the undertaking those very aborigines who stand most in need of it? If one calls to mind the atmosphere prevailing in those days, it is easily understood that the framers of the Charter were desirous of emphasizing, *inter alia*, the obligation to develop self-government among the peoples concerned.(...) Millions of aboriginal peoples have been deprived of international guarantees which they need now more than ever. These guarantees should be restored to them. An appeal to that effect cannot leave indifferent any generous spirit.”

previsto no Capítulo XI da Carta.

Como aponta MUSGRAVE,

A Bélgica argumentou que, como o Capítulo XI não especificava que os territórios sem governo estavam limitados às possessões coloniais, uma interpretação do Capítulo XI que fosse aplicável somente às possessões coloniais excluiria injustamente territórios sem governo dentro de Estados independentes. De acordo com a Bélgica, o Capítulo XI se aplicava não apenas às possessões coloniais, mas a todos os territórios (incluindo o território de Estados independentes) onde parte da população do Estado diferia da maioria no nível de maturidade política e, como consequência, não participava integralmente na vida política, econômica e cultural do Estado.<sup>87</sup>

Em suma, o que a tese belga buscava era colocar em relevo, no plano internacional, situações de *colonização interna*, em que um grupo dominante tratava, dentro de seu território, determinados grupos étnicos de maneira subordinada<sup>88</sup>. Na concepção belga, seria necessário reconhecer os diferentes povos que constituíam os Estados pós-coloniais. Existiriam, assim, muitos casos de “colonização interna” de povos dentro das fronteiras de um Estado (WIBERG, 1996, p. 323).<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> No original: “Belgium argued that as Chapter XI did not specify that non-self-governing territories were limited to colonial possessions, an interpretation of Chapter XI which applied only to colonial possessions would unjustly exclude non-self-governing territories within independent states. According to Belgium, Chapter XI applied not only to colonial possessions, but to all territories (including the territory of independent states) where part of the state’s population differed from the majority in its level of political maturity and where, as a result, it did not participate fully in the political, economic, and cultural life of the state.” (MUSGRAVE, 1997, p. 94)

<sup>88</sup> CUNNEN compreende o colonialismo como um processo de sujeição de grupos territoriais ou culturais de pessoas, que normalmente possuem uma ligação preexistente com a terra e seus recursos e um processo político e cultural independente, onde está presente o exercício do poder, violência e dominação cultural, existindo, por outro lado, resistência por parte dos expropriados. Ver CUNNEN, 2005, p. 48. Como aponta HANNUM, “o conceito de ‘colonialismo interno’ tem sido usado para descrever a exploração de regiões ou grupos política e economicamente mais fracos pela mais poderosa elite urbana, assim como sugerir paralelos entre os direitos de indígenas e outros grupos à autodeterminação e a autodeterminação reconhecida a outros povos anteriormente colonizados.” (HANNUM, 1993, p. 9) No original: “The concept of ‘internal colonialism’ has been used to describe the exploitation of politically and economically weaker regions and/or groups by the more powerful urban elite, as well as to suggest parallels between the rights of indigenous and other groups to self-determination and the recognized self-determination of formally colonized peoples.” Há também um outro sentido para “colonização interna”, atribuindo-lhe mais um aspecto psicológico. Tratar-se-ia do fenômeno em que o colonizador convence o colonizado de que o tratamento desigual a esse dispensado é justificado, e a vítima passa a exercer voluntariamente um papel em se subordinar ao outro. Ver WATERS, 2005, p. 193.

<sup>89</sup> As razões que motivaram o posicionamento articulado pela Bélgica talvez não fossem tão católicas quanto queria fazê-las parecer. Além do caráter defensivo da Bélgica que, assim como diversos países europeus, buscava evitar ou desacelerar o processo de descolonização, havia também o interesse em garantir separações dentro de sua ex-colônia congoleza, em especial lhe assegurando direitos de acesso à

A tese belga não ganhou o suporte dos órgãos da ONU, como percebemos quando do exame das Resoluções da Assembleia-Geral. Isso se deve à posição convergente e articulada de países africanos, asiáticos e latino-americanos que, em contraposição à tese belga, propuseram a “tese da água salgada ou água marinha” (*blue water thesis* ou *salt water thesis*), afirmando, naquele contexto, que somente os povos que se encontravam separados por um mar de seus exploradores possuem a titularidade da autodeterminação. Dessa forma, somente os povos colonizados por uma metrópole além-mar teriam direito à realização da autodeterminação.<sup>90</sup>

Resta aí, contudo, uma contradição: ao mesmo tempo que a autodeterminação dos povos era o fundamento para o processo de descolonização<sup>91</sup>, as definições territoriais dos Estados emergentes se restringiriam aos traçados coloniais, e ignoraria a existência de diversos povos dentro dos Estados. Nesse sentido, paradoxalmente, ao mesmo tempo que a autodeterminação se tornou o fundamento último para a independência do jugo colonial, era o princípio do *uti possidetis iuris*<sup>92</sup> que ganhava

---

província da Katanga, rica em cobre, e do patrocínio dos interesses da mineradora belga *Union Minière du Haut-Katanga* (ver LÂM, 2000, p. 120-121).

<sup>90</sup> Essa leitura se extrai da Resolução 1541 (XX) da Assembleia-Geral da ONU, em especial de seu Princípio n. IV. Ver LÂM, 2000, p. 116. Como aponta ANAYA (2004, p. 54), na época da descolonização, os próprios Estados colonizados que se beneficiavam do reconhecimento da autodeterminação tentaram barrar seu reconhecimento para os povos indígenas. Além disso, diversos outros Estados independentes também visavam a evitar a crítica internacional sobre suas relações com outras etnias ou nacionalidades dentro de suas fronteiras. Hannum assim afirma: “...é o princípio da unidade nacional que foi quase que universalmente seguido pela comunidade internacional – que, afinal de contas, é composta por Estados cujo interesse é manter a si mesmos.” No original: “...it is the principle of national unity that has been almost universally followed by the international community – which, after all, is composed of states whose interest is to maintain themselves.” (HANNUM, 1993, p. 46) Ver também WIBERG, 1996, p. 323. LÂM aponta que a tese belga foi percebida pelos países do campo socialista e do terceiro mundo como uma tentativa do ocidente de desestabilizar tanto a União Soviética como os novos estados multiétnicos que surgiam a partir das antigas colônias. De fato, crises no Congo e na Indonésia corroborariam a atitude defensiva terceiro-mundista: ver LÂM, 2000, p. 118-122. A posição da “água salgada” ganharia mais ainda suporte a partir de estudo de Relator Especial da ONU, Aureliu Cristecu, que, em seu relatório final, considerou que o direito à autodeterminação residia em povos sob jugo colonial ou estrangeiro, em que os seus dominadores eram oriundos de território do além-mar. Ver LÂM, 2000, p. 126.

<sup>91</sup> Sobre a noção de descolonização, ver HOBBSAWN, 1996, p. 203.

<sup>92</sup> O *uti possidetis iuris*, ou na linguagem mais comum utilizada pela CIJ, princípio da intangibilidade das fronteiras administrativas, foi o princípio utilizado para demarcação de limites territoriais tanto na descolonização da América Latina, como África e Ásia – e até mesmo na Europa, tendo sido aplicado recentemente na dissolução da ex-Iugoslávia. De acordo com esse princípio, as fronteiras administrativas herdadas do período colonial deveriam ser preservadas e mantidas incólumes. Qualquer tentativa de revisá-las implicaria uma afronta ao princípio da integridade territorial, enunciado nas várias Resoluções da Assembleia-Geral da ONU. Sobre o tema, ver LÂM, 2000, p. 97.

proeminência no momento de concepção das novas estatalidades.<sup>93</sup>

Tanto o princípio do *uti possidetis iuris* como a tese da “água azul” (*blue water*) tem como objetivo a manutenção da estabilidade e paz por meio da preservação da integridade territorial dos Estados. Contudo, a possibilidade de entrarem em colisão com a norma da autodeterminação dos povos é real, o que impõe um exame de ponderação que acaba sendo, em última análise, feito numa contextualização caso-a-caso<sup>94</sup>.

A tese belga merece papel de destaque, por ter sido a primeira tentativa, ainda que fracassada, em expandir o direito internacional para que alcançasse também as relações entre os Estados e grupos indígenas situados dentro de seu território<sup>95</sup>. A tese belga não vingou, mas evidenciou que a descolonização, nos moldes como foi produzida e tendo como foco o *uti possidetis iuris*, não resolvia a questão da autodeterminação dos povos e mantinha ainda um tipo de “colonização interna”, haja vista que possivelmente certos grupos subestatais não teriam acesso ao poder político.<sup>96</sup>

A questão somente ganharia uma dimensão internacional a partir da construção de um regime jurídico internacional no âmbito da OIT e de caráter universal com a aprovação da Declaração.

#### 2.1.4. A normatividade do princípio da autodeterminação dos povos

Antes de proceder ao conteúdo do direito à autodeterminação aplicado aos povos indígenas, é importante conhecer a normatividade atribuída a esse conceito na prática e na doutrina internacionais. Embora, como apontamos, diversas Resoluções da Assembleia-Geral da ONU e o desenvolvimento da jurisprudência pela CIJ tenham possibilitado o desenvolvimento do conteúdo ao sentido da autodeterminação, as consequências normativas que giram em torno desse conceito estão ainda longe de

---

<sup>94</sup> LÂM, 2000, p. 150.

<sup>95</sup> SCHULTE-TENCKHOFF (2012, p. 78) afirma que nenhum debate substancial ocorreu para discutir o porquê dos povos indígenas vivendo nos denominados territórios metropolitanos estariam excluídos dos termos do Capítulo XI da Carta da ONU e porque era considerado inadequado que tais povos recorressem à comunidade internacional para se beneficiar do processo de descolonização.

<sup>96</sup> LÂM aponta que a própria Assembleia-Geral da ONU, ao reconhecer a secessão de Bangladesh em relação ao Paquistão, admitiria a possibilidade da autodeterminação extrapolar o contexto colonial. LÂM, 2000, p. 127-129.



serem unânimes.

Para a compreensão de sua normatividade, entendemos que duas questões devem ser abordadas em relação ao direito à autodeterminação: (i) Qual o *status* da norma de autodeterminação dos povos no direito internacional? (ii) Qual o conteúdo substancial dessa norma? Ela se aplicaria apenas ao processo de descolonização que ocorreu no âmbito da ONU ou teria um alcance universal?<sup>97</sup>

Em relação ao status do direito à autodeterminação, devemos recordar que ele iniciou o século XX como importante enunciado político, mas destituído de normatividade<sup>98</sup>, ganhou fôlego normativo em meados do século – com a Carta da ONU, as Resoluções subsequentes proferidas pela Assembleia-Geral e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos – e adentra o século XXI com o reconhecimento, de parte da doutrina, como uma norma privilegiada no âmbito do direito internacional, qualificada como *ius cogens* e consagrada expressamente pela CIJ como norma de caráter *erga omnes*.

Contudo, deve-se ressaltar que é disputado se a autodeterminação se trata de um princípio ou de um direito subjetivo conferido ao povo, e essa concepção sofreu variações ao longo de sua história. Como aponta LÂM, a própria ONU mudou da concepção de *princípio* da autodeterminação, brevemente referida em seu instrumento constitutivo, para a proclamação do *direito* à autodeterminação dos povos na mencionada “Declaração sobre o Reconhecimento de Independência aos Países e Povos Coloniais”<sup>99</sup>.

Diversos internacionalistas reconhecem que, hoje, o direito à autodeterminação goza do caráter de *ius cogens*, isto é, qualificam-se como norma peremptória internacional, como definido no art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>100</sup>. FRIEDRICH (2004, p. 79, 95-96 e 101) aponta que a autodeterminação é amplamente reconhecida na doutrina como possuindo o caráter de *ius cogens*. Nos comentários aos art. 26 e 40 de sua Minuta de Artigos sobre a Responsabilidade do

---

<sup>97</sup> LÂM vê a importância de três perguntas: (i) qual o conteúdo da autodeterminação; (ii) quem é o seu titular; (iii) como solucionar os conflitos relacionados a esse direito. Ver LÂM, 2000, p. 112. Abordaremos a questão da titularidade – isto é, o que se entende por povo – na seção 3 *infra*.

<sup>98</sup> Ver o caso das Ilhas Aaland, estudado em 2.1.2 *supra*.

<sup>99</sup> LÂM, 2009, p. 594-595.

<sup>100</sup> Para um estudo completo sobre o *ius cogens* e suas nuances, ver FRIEDRICH (2004).

Estado por Fatos Ilícitos Internacionais (*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), adotados em 2001, a Comissão de Direitos Internacional da ONU considera, entre as normas de caráter de *ius cogens* do direito internacional, o direito à autodeterminação. Também Antonio Cassese pugna pela natureza de *ius cogens* desse direito, e LÂM entende que é provável que tenha esse caráter.<sup>101</sup>

A Corte Internacional de Justiça ainda não se manifestou conclusivamente quanto à natureza de *ius cogens* desse direito. Contudo, no caso East Timor (Portugal v. Austrália), a Corte reconheceu a autodeterminação como “um dos princípios essenciais do direito internacional contemporâneo” e que ele possui um caráter “erga omnes” (p. 102)

Portanto, enquanto a doutrina consultada se firma, em um quase consenso, pelo reconhecimento do caráter de *ius cogens* do direito à autodeterminação dos povos, a Corte Internacional de Justiça elevou-o ao patamar de obrigação *erga omnes*. Extrai-se daí a relevância e centralidade que a noção parece assumir para as relações internacionais, ao que se consolida como norma jurídica fundante do direito internacional contemporâneo.

Contudo, estabelecer o peso normativo de um enunciado não significa considerá-lo preciso em seus contornos e conteúdo.<sup>102</sup> O direito à autodeterminação parece ser uma prova real disso. Enquanto sua posição normativa resta assegurada, quando passamos ao exame de seu conteúdo, pairam significativas dúvidas. Até mesmo o vocábulo foi sofrendo alterações ao longo do tempo, inclusive quanto à definição de quem é o seu efetivo titular.

Como aponta VAN DYKE,

A Carta das Nações Unidas fala do *princípio* da autodeterminação, e os dois Pactos de Direitos Humanos falam do *direito*. Falando da autodeterminação como direito, Wilson algumas vezes atribuía isso aos *povos* e outras vezes às *nações*. A referência comum nos anos do entreguerras era à autodeterminação *nacional*, mas a Carta da ONU e os dois Pactos de Direitos Humanos reverteram ao termo *povo*. ‘Todos os povos’, afirmam os Pactos, ‘têm o direito à autodeterminação’. O que constitui um *povo* permanece vago. (VAN DYKE, 1995, p. 43 – tradução nossa e grifo no

---

<sup>101</sup> Ver LÂM, 2000, p. 138.

<sup>102</sup> Ver ALLEN, 2011, p. 242.

original)<sup>103</sup>

Embora no momento onusiano o direito à autodeterminação tenha circunscrito sua aplicação ao processo de descolonização, há controvérsias a respeito se essa ideia poderia também adquirir um caráter universal. MUSGRAVE (1997, p. 100), por exemplo, sustenta, numa leitura dos instrumentos internacionais, que o direito à autodeterminação expande para além do contexto colonial, ainda que reconheça a falta de clareza a respeito da natureza e extensão do direito à autodeterminação dos povos que se situam no território de Estados independentes. De acordo com esse mesmo autor, ao subscreverem aos princípios estabelecidos na Declaração de Helsinki, os países ocidentais afirmam o reconhecimento do direito à autodeterminação aplicável aos Estados soberanos e independentes, e não apenas aos “territórios sem governo próprio” do Capítulo XI da Carta da ONU.<sup>104</sup> Ressalte-se, por exemplo, que o direito à autodeterminação foi invocado recentemente em diversos contextos não-coloniais, como, por exemplo, a criação de Bangladesh, o desmembramento da URSS, Iugoslávia e Tchecoslováquia, e a emergência do Timor Leste.<sup>105</sup>

Passado mais de um século desde que surgiu no plano internacional, o direito à autodeterminação segue ainda impreciso.<sup>106</sup> LÂM aponta que, durante o século XX, várias camadas semânticas foram acrescentadas ao direito à autodeterminação, de modo acumulativo para que alcançasse os múltiplos sentidos com que hoje é percebido: inicialmente, um princípio legal amplo voltado à paz interestatal; depois, um direito contra o colonialismo e a subjugação estrangeira; e, por fim, um emergente título à

---

<sup>103</sup> No original: “The Charter of the United Nations speaks of the *principle* of self-determination, and the two human rights Covenants speak of the *right*. Speaking of it as a right, Wilson sometimes attributed it to *peoples* and sometimes to *nations*. The common reference in the interwar years was to *national* self-determination, but the UN Charter and the two human rights Covenants revert to the term *people*. ‘All peoples’, the Covenant say, ‘have the right of self-determination.’ Who constitute a *people* is left vague.” A Suprema Corte do Canadá apresentou constatação similar: ver Suprema Corte do Canadá. Reference Re Secession of Quebec. File n. 25506. 1998. parágrafo 123.

<sup>104</sup> No mesmo sentido, ver LÂM, 2000, p. 130. Sobre a Declaração de Helsinki, XANTHAKI (2005, p. 18) afirma que ela corresponderia aos interesses dos países ocidentais em enfatizar os princípios da democracia, eleições livres e participação, concordando com LÂM quanto à expansão do direito à autodeterminação para Estados independentes.

<sup>105</sup> LÂM, 2009, p. 595.

<sup>106</sup> É essa a percepção de diversos autores. Ver HANNUM, 1993, p. 27; LÂM, 2000, p. 109, para quem os sentidos da autodeterminação são ainda objeto de disputas, não apenas acadêmicas, mas também políticas.

governança democrática dentro dos Estados.<sup>107</sup>

Como aponta SCHULTE-TENCKHOFF, a ideia de autodeterminação no direito internacional é controversa porque toca em premissas-chave como soberania estatal, integridade territorial e jurisdição doméstica, enquanto, ao mesmo tempo, cria uma tensão entre o princípio democrático da regra da maioria e carrega um potencial de ruptura relacionado ao separatismo de minorias.<sup>108</sup>

Como uma condensação dessas indeterminações, mas ao mesmo tempo reconhecendo sua importância, importa trazer a colocação de KOSKENNIEMI:

‘Autodeterminação’, tipicamente, pode ser analiticamente construída para significar qualquer coisa que alguém queira que signifique, e muitos estudos têm invocado sua extrema flexibilidade. Entretanto, examinado à luz da história, ela tem dado forma e vigor para reivindicações por liberação nacional e autogoverno da Revolução Francesa à descolonização da década de 1960, a queda do Muro de Berlim, e as transições políticas que têm passado da América Latina pelo Leste Europeu e África do Sul.<sup>109</sup> (KOSKENNIEMI, 2014, p. 44)

Outro ponto, por vezes uma frequente fonte de mal-entendidos, refere-se à relação entre o direito à autodeterminação e à secessão. Traduzido em uma pergunta, o reconhecimento do direito à autodeterminação implica o reconhecimento do direito à secessão? A partir da prática dos Estados e da leitura das Resoluções, a resposta seria um não, ainda que nem tão contundente assim.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> LÂM, 2000, p. 161.

<sup>108</sup> Ver SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 81.

<sup>109</sup> No original: “‘Self-determination’, typically, may be constructed analytically to mean anything one wants it to mean, and many studies have invoked its extreme flexibility. Examined in the light of history, however, it has given form and strength to claims for national liberation and self-rule from the French Revolution to decolonization in 1960s, the fall of the Berlin Wall, and the political transitions that have passed from Latin America through Eastern Europe and South Africa.”

<sup>110</sup> A CIJ, ao analisar a legalidade da declaração de independência de Kosovo, entendeu que não seria necessário examinar o conteúdo do direito à autodeterminação e sua relação com o direito de secessão. Mas deixou registrada a controvérsia a respeito do tema: “Whether, outside the context of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation, the international law of self-determination confers upon part of the population of an existing State a right to separate from that State is, however, a subject on which radically different views were expressed by those taking part in the proceedings and expressing a position on the question. Similar differences existed regarding whether international law provides for a right of ‘remedial secession’ and, if so, in what circumstances. There was also a sharp difference of views as to whether the circumstances which some participants maintained would give rise to a right of ‘remedial secession’ were actually present in

Não há uma relação direta e inexorável entre o direito à autodeterminação e do direito à secessão.<sup>111</sup> MUSGRAVE (1997, p. 104) indica que a prática dos Estados denota a atenção que é dada ao princípio da integridade territorial, conduzindo à relutância dos Estados em reconhecer a secessão como parte da autodeterminação, negando aos grupos étnicos que se localizam em seu interior qualquer direito à autodeterminação. De acordo com a tradição ocidental, a autodeterminação ocorreria dentro das fronteiras do Estado, e não por meio da secessão do Estado. Daí uma permanente tensão entre a vontade de manter a integridade territorial dos Estados, de um lado, e a acomodação dos desejos de grupos étnicos em determinar seu *status* político, por outro.

A partir das diversas Resoluções da Assembleia-Geral da ONU, examinadas acima, o direito à autodeterminação sempre foi articulado em conjunto com o princípio da integridade territorial e unidade política. Nesse sentido, uma vez que elas consideram uma violação à própria Carta da ONU qualquer prejuízo a esses princípios, não se pode presumir, dentro do direito à autodeterminação, qualquer direito à secessão<sup>112</sup>.

Em decisão a respeito do direito da província canadense de Québec a se separar do Canadá, a Suprema Corte do Canadá entendeu que o direito à autodeterminação, justamente em virtude de sua articulação com o princípio da integridade territorial, possui uma faceta externa:

As fontes reconhecidas do direito internacional estabelecem que o direito à autodeterminação de um povo é normalmente

---

*Kosovo.*” *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p.403.* parágrafo 82. Alguns juízes da CIJ entenderam que a Corte perdeu uma oportunidade de apreciar o sentido da autodeterminação e desenvolvê-lo, principalmente sob o conceito de “secessão corretiva” ou “opressão sistêmica”. Ver os votos em separado dos juízes SIMMA, YUSUF e CANÇADO TRINDADE. Sobre a “secessão corretiva”, ver 2.2.2 *infra*.

<sup>111</sup> Nesse sentido, ver HANNUM, 1993, p. 49 (para quem a prática da ONU e dos Estados reconhece um direito limitado à autodeterminação como o direito de se libertar de uma potência colonial, no plano externo, e, no aspecto interno, da população de um Estado se ver independente da intervenção ou influência estrangeira.)

<sup>112</sup> LÂM (2000, p. 151) acusa os perigos do silêncio do direito internacional a respeito do direito à secessão. Sobre a neutralidade do direito internacional a respeito de um direito à secessão, assim se manifestou a Suprema Corte do Canadá: “Está claro que o direito internacional não concede especificamente às partes componentes de um Estado soberano o direito legal a se separar unilateralmente do Estado matriz.” No original: “*It is clear that international law does not specifically grant component parts of sovereign states the legal right to secede unilaterally from their ‘parent’ state.*” (Suprema Corte do Canadá. Reference Re Secession of Quebec. File n. 25506. 1998. parágrafo 111)

realizado por meio da autodeterminação interna – a busca de um povo de seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural dentro do arcabouço de um Estado existente. Um direito à autodeterminação externa (...) surge apenas no mais extremo dos casos e, ainda assim, sob circunstâncias cuidadosamente definidas. (Suprema Corte do Canadá. Reference Re Secession of Quebec. File n. 25506. 1998. parágrafo 126 – grifo no original)<sup>113</sup>

Logo, não haveria qualquer desdobramento automático do direito à secessão em relação ao direito à autodeterminação.

Mas se o direito à autodeterminação dos povos é compreendido como o direito em determinar “livremente seu estatuto político” e assegurar “livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”, na linguagem dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, o que significa reconhecê-lo aos povos indígenas? Há alguma modificação em seu conteúdo em razão da Declaração? É isso que passamos a examinar a seguir.

## 2.2. A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

### 2.2.1 A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos indígenas

A Declaração é o sustentáculo normativo do que denominamos de sub-regime internacional de proteção dos povos indígenas em formação no âmbito das Nações Unidas. O tema do regime internacional de proteção dos povos indígenas e de seus dispositivos, entre os quais se inclui a Declaração, serão detidamente examinados na seção seguinte. Por guardar uma forte e inarredável relação com o direito à autodeterminação dos povos indígenas, antecipamos o estudo e contextualização da DDPI, de modo a possibilitar a inteligibilidade do significado do direito à

---

<sup>113</sup> No original: “The recognized sources of international law establish that the right to self-determination of a people is normally fulfilled through internal self-determination – a people’s pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state. A right to external self-determination (which in this case potentially takes the form of the assertion of a right to unilateral secession) arises in only the most extreme of cases and, even then, under carefully defined circumstances.” Ver especialmente o parágrafo 127 a respeito do princípio da integridade territorial. Nessa mesma decisão, a Suprema Corte define três hipóteses em que o direito internacional reconheceria como ensejando o direito à autodeterminação externa. São as situações que a Corte aqui se refere como “circunstâncias cuidadosamente definidas.” Ver a respeito o item 2.2.2 *infra*.

autodeterminação nela consagrado.

Uma vez que é possível apresentar o princípio da autodeterminação dos povos e da não discriminação contido na Carta da ONU como um germen da Declaração, o que efetivamente deflagrou a preocupação das Nações Unidas com a violação da dignidade dos povos indígenas foi a elaboração do denominado Relatório Martínez-Cobo, em atendimento a uma Resolução da (agora extinta) Comissão de Direitos Humanos da ONU<sup>114</sup>. Esse relatório foi responsável pela mudança de percepção das questões indígenas dentro do aparato organizacional da ONU. O relatório, intitulado “Estudo do Problema da Discriminação contra os Povos Indígenas”, demorou aproximadamente uma década para ser concluído (de 1973 a 1984), e durante esse tempo, manteve aceso o interesse institucional de diversos órgãos da ONU a respeito dessa temática.<sup>115</sup>

Antes mesmo da conclusão desse estudo, ou seja, enquanto o Relatório Martínez-Cobo estava sendo produzido e os debates seguiam em ascensão, a Subcomissão sobre a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias propôs, em 1981, um Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (*Working Group on Indigenous Populations*) conhecido pela sigla WGIP, a partir do termo inglês. O WGIP foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e depois pelo Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC). O WGIP, a partir de 1985 e em observância ao mandato que lhe foi conferido, começou a elaboração da minuta de um documento voltado a estabelecer parâmetros normativos (*standards*) relacionados aos direitos dos povos indígenas que deveriam ser observados pelos Estados.

O processo foi longo, alternando entre momentos de avanços e estagnação, mas culminou, ao final, com a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas em 13 de setembro de 2007, isto é, mais de 20 anos desde o início da discussão.<sup>116</sup> Com a aprovação<sup>117</sup>, a Declaração se tornou o principal centro

---

<sup>114</sup> A Comissão de Direitos Humanos foi sucedida pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU.

<sup>115</sup> Sobre o tema, ver RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005, P. 262.

<sup>116</sup> Para uma descrição pormenorizada de todo o processo, ver DAES (2011). Trata-se de um relato de primeira mão, pois Erica-Irene Daes atuou como *Chairperson* do WGIP durante praticamente todo o período em que a Declaração foi negociada. Ver também LÂM, 2009, p. 601-615 (apresentando as principais controvérsias que surgiram durante as discussões da Declaração); WIESSNER, 2012, p. 39-40. Para uma leitura crítica sobre a história da Declaração, ver WATSON & VENNE (2012).

<sup>117</sup> A aprovação da Convenção, contudo, não foi por unanimidade. Apesar do voto afirmativo de 144

normativo por meio do qual os direitos dos povos indígenas passam a ser reivindicados e articulados no âmbito das Nações Unidas.

Trata-se de uma solução de compromisso alcançada entre o texto inicialmente proposto pelos povos indígenas e aquele finalmente aceito pelos Estados.<sup>118</sup> A Declaração é um texto consideravelmente extenso. Além de vinte e quatro cláusulas preambulares, a Declaração possui quarenta e seis artigos. Distintamente do que ocorre com a Convenção n.º 169 da OIT<sup>119</sup>, a Declaração anuncia expressamente o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Todavia, ao mesmo tempo, afasta qualquer leitura desse direito como uma prerrogativa à formação de um novo Estado quando prevê, em seu art. 46, que ela não deve ser interpretada de modo “a autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.”

Como apontam ALLEN & XANTHAKI (2011, p. 1), “a Declaração é mais compreensiva em substância e mais extensiva em escopo do que qualquer outro instrumento internacional existente voltado especificamente a questões indígenas.”<sup>120</sup> A Declaração protege as práticas culturais indígenas (e.g. arts. 5, 8, 11, 12, 13, 20, 31, 36), determina a adoção de medidas anti-discriminatórias pelos Estados (arts. 15, 16, 17, 21) e reconhece um conteúdo denso ao direito ao território (e.g. arts. 25, 26, 28, 30, 32). Direitos políticos e de participação aparecem em vários de seus artigos, como pré-condição de qualquer política governamental (e.g. arts. 10, 18, 19, 27), bem como o direito de adaptarem-se políticas públicas – como educação e saúde – aos aspectos etnoculturais indígenas (e.g. arts. 14, 23, 24).

---

Estados, quatro Estados votaram contra (EUA, Canadá, Austrália e Nova Zelândia), enquanto Azerbaijão, Bangladesh, Butão, Burundi, Colômbia, Geórgia, Quênia, Nigéria, Rússia, Samoa e Ucrânia se abstiveram. Contudo, os países que inicialmente votaram contra, posteriormente manifestaram o apoio pela Declaração. Samoa e Colômbia, que inicialmente se abstiveram, expressaram posteriormente seu apoio ao texto. Isso levou WIESSNER a concluir que se teria alcançado um consenso global a respeito da Declaração. Ver WIESSNER, 2012, p. 40-41.

<sup>118</sup> Ver BURGER, 2011, p. 42. ROMBOUTS (2014) aponta que a Declaração apresenta um traço distintivo em relação a todas as outras por ter sido elaborada em consulta com os povos indígenas, deixando de ser, portanto, um instrumento internacional desenvolvido apenas por Estados.

<sup>119</sup> A Convenção n. 169 da OIT será analisada na seção 3.3.1.2 *infra*.

<sup>120</sup> No original: “*The Declaration is more comprehensive in substance and more extensive in scope than any other existing international instrument specifically dedicated to indigenous issues.*”



Para KYMLICKA (2011), a Declaração demonstra que o exercício da soberania pode ser múltiplo e ocorrer em um multinível, não se aplicando apenas de maneira unitária e homogênea. As principais ideias da Declaração envolveriam a constituição de um ordenamento político multicultural, lealdades múltiplas, diversidade cultural, soberania dispersa e retificação de injustiças. Ela foca não apenas em direitos individuais, mas na estrutura do próprio Estado, na distribuição de poder político sobre povos e territórios e na correção de injustiças históricas nessa distribuição.

Apesar de THORNBERRY (2011, p. 91) perceber na Declaração a natureza caótica de seu texto e de conceitos desafiadores, ele a considera como “um fato no mundo assim como as mesas e as cadeiras e que carrega consigo os contornos de uma justiça reimaginada para o benefício de comunidades humanas distintas.”<sup>121</sup>

A inserção do direito à autodeterminação dos povos indígenas foi o ponto de reivindicação central de diversas declarações de representantes indígenas<sup>122</sup>, e as ideias a ela relacionadas possuíam certa variação, envolvendo desde a necessidade de autonomia como imprescindível para o controle sobre a terra e os sistemas econômicos, culturais e sociais, bem como investidas contra doutrinas jurídicas longamente estabelecidas, como aquelas relacionadas à descoberta, ocupação e *terra nullius*<sup>123</sup> como meios de usurpação de sua soberania. Contudo, o reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos indígenas encontraria forte oposição por parte dos representantes dos Estados, como aquela expressada por um observador canadense, de que a referência à autodeterminação implicaria o direito à secessão, o que seria inaceitável para os governos.<sup>124</sup>

Autodeterminação, como vimos, é hoje reconhecida como uma norma de direito internacional. Se assim é, qual o sentido de existir uma Declaração com a finalidade de reconhecer o direito à autodeterminação dos povos indígenas?

Se povos indígenas são “povos”, não seria natural que essa qualificação atraísse naturalmente o direito à autodeterminação? A realidade é que a própria

---

<sup>121</sup> No original: “...the Declaration is as much a fact in the world as tables and chairs and carries within itself the contours of a re-imagined justice for the benefit of distinctive human communities.”

<sup>122</sup> Ver LÂM, 2009, p. 606-610.

<sup>123</sup> Sobre interessante discussão do conceito de *terra nullius* pela CIJ, ver o caso *Western Sahara*.

<sup>124</sup> DAES, 2011, p. 20-22; 32.

definição de indígenas como “povos” foi objeto de disputa da Declaração e, nesse sentido, ela desempenhou importante papel por ser o primeiro instrumento internacional a veicular, com uma perspectiva universalizante, que “povos indígenas” são povos.<sup>125</sup>

Todavia, no direito internacional, a definição do titular do direito à autodeterminação, “povo”, é, no mínimo, fluida e incerta. Nenhum documento legal apresentou qualquer definição genericamente aceita como povo.<sup>126</sup> Em realidade, a distinção entre o que é um “povo” e o que é uma “minoridade” permanece ainda obscura ao estudioso do direito internacional. Assim, o reconhecimento do direito à autodeterminação tem sido feito de maneira mais casuística, de modo a atender determinadas circunstâncias políticas, não se identificando parâmetros seguros para a definição de seu titular. Assim, esse reconhecimento de sua qualificação enquanto “povo” está longe de alcançar uma consolidação na linguagem internacional.

Cabe, portanto, apresentarmos como a ideia de autodeterminação está articulada na Declaração, e o que ela diz que o direito à autodeterminação dos povos indígenas não é.

### 2.2.2 A autodeterminação dos povos indígenas na Declaração

*The foundation-stone of this work is and must remain the State. Respect for its fundamental sovereignty and integrity are crucial to any common international progress. The time of absolute and exclusive sovereignty, however, has passed; its theory was never matched by reality. It is the task of leaders of States today to understand this and to find a balance between the needs of good internal governance and the requirements of an ever more interdependent world.(...). The United Nations has not closed its door. Yet if every ethnic, religious or linguistic group claimed statehood, there would be no limit to fragmentation, and peace, security and economic well-being for all would become ever*

<sup>125</sup> Ver especificamente sobre o tema a seção 3.2 *infra* dessa dissertação. Contudo, Schulte-Tenckhoff levanta dúvidas quanto à necessidade dessa dupla qualificação de “povo” e “indígena”: “If indigenous peoples are peoples, why qualify them by calling them indigenous? If they are not peoples, why call them peoples, all the while endeavoring to distinguish them from minorities?” (SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 76) Para essa autora, a adição do qualificativo “indígena” ao termo povo produz o risco de diminuir os direitos dos povos indígenas sob o direito internacional. Em sentido similar, falando sobre a autodeterminação dos povos nos Pactos Internacionais, LÂM aponta “Even for signatory states, however, these questions remains: when is a group of individuals a ‘people’ for purposes of the Covenants, and what is it that a people has when it has self-determination?” (LÂM, 2000, p. 123)

<sup>126</sup> WIBERG, 1996, p. 322; SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 77.

*more difficult to achieve.* – Uma Agenda para Paz, Dr. Boutros Boutros Ghali quando Secretário-Geral da ONU em 1992

O sistema internacional se apresenta avesso à proliferação de atores internacionais que sejam reconhecidos como Estados, ou que gozem, por uma imitação ainda que imperfeita, desse importante carimbo da política e direito internacionais<sup>127</sup>. Uma ideia constantemente articulada – seja em debates políticos, seja em posicionamentos teóricos<sup>128</sup> (TULLY, 1995; FRANCK, 1995) – é que, se admitida a proliferação de atores, e que todo grupo humano passe a reivindicar o seu direito à autodeterminação traduzido como direito a um Estado, o sistema internacional, como o conhecemos, não suportaria esse multitudinário complexo de relações e entraria em um colapso fatal.

Essa ideia está, de certa forma, presente no discurso do ex-Secretário-Geral da ONU Boutros Boutros Ghali, epigrafado logo acima. Não se trata, em realidade, de uma ideia nova. Aqui, refere-se a essa teoria como “teoria da inviabilidade”, que consiste, basicamente, no argumento de que o sistema internacional ficaria insustentável se possibilitasse a cada grupo reivindicar para si autonomia e a possibilidade de construir o seu próprio Estado.

A teoria da inviabilidade não é nova, e é uma ideia muito próxima do “princípio do ponto crítico”, abordado acima. Esse princípio variante, relembremos, prediz a necessidade de um tamanho considerável do Estado para que seja viável política e economicamente. Já no início do século XIX, Mazzini, teórico da unificação italiana, propalava o “princípio do ponto crítico”, que requeria certa dimensão quantitativa da população da nação para que fosse possível transformar determinada comunidade política em Estado. Como vimos, o que o nacionalismo do final do século

---

<sup>127</sup> Contudo, uma vez obtido o reconhecimento de Estado no seio de uma organização internacional reputada como espaço político legítimo pela sociedade internacional, as comunidades políticas dificilmente abandonam suas posições. Como aponta MAZOWER, em apenas um caso um membro voluntariamente se retirou da ONU – a Indonésia em 1965 – e mesmo assim permaneceu menos de um ano nessa situação, quando então retornou às Nações Unidas. Ver MAZOWER, 2009, p. 200.

<sup>128</sup> Veja-se o posicionamento de GELLNER: “O nosso planeta tem ainda espaço para um determinado número de unidades políticas independentes ou autônomas. Segundo um cálculo razoável, esse número (de nações potenciais) é, com toda a probabilidade, muitíssimo maior do que o número de Estados potencialmente viáveis. Se este argumento, ou cálculo, estiver correcto, nem todos os nacionalismos podem ser concretizados, pelo menos ao mesmo tempo. (...) Um Estado moderno viável, fomentando uma cultura erudita, não pode descer abaixo de uma dimensão mínima (a não ser que, realmente, dependa dos vizinhos), e na Terra apenas existe espaço para um número limitado desses Estados.” (GELLNER, 1993, p. 13 e 77-78)

XIX e a posterior consolidação da autodeterminação no direito internacional modifica é justamente o abandono desse princípio. A partir da concepção trazida pela autodeterminação nacional, qualquer corpo de pessoas qualificadas como uma nação demandaria o direito à autodeterminação, traduzido como um Estado independente e soberano, separado para seu território.<sup>129</sup>

No caso das Ilhas Aaland, mencionado anteriormente, o Comitê de Relatores aborda o tema, também de forma contundente, a favor da teoria da inviabilidade:

Conceder às minorias, tanto de língua como religião, ou a quaisquer parcelas da população o direito de se retirar da comunidade a que pertencem, a seu bel-prazer ou porque assim é seu desejo, implicaria destruir a ordem e estabilidade dentro dos Estados e inaugurar a anarquia na vida internacional; isso implicaria manter uma teoria incompatível com a própria ideia de Estado como uma unidade territorial e política. (tradução nossa)<sup>130</sup>

É recorrente, assim, a constatação de que o sistema internacional não comportaria uma quantidade de muitos Estados. Essa constatação não é seguida, frequentemente, de uma argumentação empírica ou significativamente fundamentada, mas parte de impressões dos autores que a formulam e de causalidades nem sempre muito claras. Sob essa premissa, há uma afirmação clara que, entre a realização da autodeterminação no seu sentido máximo ou radical (a formação de um novo Estado) e a estabilidade do sistema internacional, a autodeterminação deve ceder ou assumir papel subordinado. A ordem internacional emerge, assim, como valor primário.<sup>131</sup>

Essa concepção, ao manter o *status quo* de povos que já constituíram um Estado, implica uma desigualdade em desfavor de povos que ainda reivindicam uma unidade política independente, ou que viram permanentemente negada a sua existência enquanto povos. Embora, como veremos em seguida, a extensão da autodeterminação

<sup>129</sup> Sobre o abandono do “princípio do ponto crítico” pelo nacionalismo europeu de fins do século XIX, ver HOBSBAWN, 1990, p. 126. Ver também CRAVEN, 2014, p. 218-219.

<sup>130</sup> No original: “*To concede to minorities, either of language or religion, or to any fractions of a population the right of withdrawing from the community to which they belong, because it is their wish or their good pleasure, would be to destroy order and stability within States and to inaugurate anarchy in international life; it would be to uphold a theory incompatible with the very idea of the State as a territorial and political unity.*”

<sup>131</sup> Como aponta SCHULTE-TENCKHOFF (2012, p. 73), o principal objetivo do direito internacional é salvaguardar a estabilidade dos estados e das relações interestatais.

da Declaração aos povos indígenas aboliu qualquer interpretação que possa implicar o direito à secessão, é evidente que a teoria da instabilidade – quanto mais fragmentação, mais ingovernável se torna o sistema internacional e a viabilidade dos próprios Estados – longe de ser neutra e comprovada por evidências, mantém, como resultado de suas proposições, um caráter discriminatório, ao negar a povos já existentes algum tipo de acesso à arena política e jurídica internacional.

Contudo, ainda que não seja possível saber se os teóricos da inviabilidade estão corretos quanto aos seus temores de instabilidade no sistema internacional<sup>132</sup>, a realidade é que esse fechamento do sistema e seu caráter exclusivista não são suficientes para aliviar as tensões existentes dentro dos próprios Estados quanto à reivindicação de grupos subestatais relacionadas à autonomia e afirmação política em face do governo central.

Como exposto, contra a ideia corrente de que o reconhecimento da autodeterminação a um povo que se encontra dentro do Estado implica, necessariamente, uma fragmentação da ordem política estatal, a secessão desse grupo não decorre da leitura do direito à autodeterminação. Deve-se destacar ainda que não se verifica a emergência de movimentos indigenistas com clara tendência separatista ou secessionista, com a pretensão de se desvincular do Estado de origem.<sup>133</sup>

A autodeterminação pode ser examinada sob outros olhares. É importante trazer a perspectiva de ANAYA (2004) a respeito de uma releitura do direito à autodeterminação, tendo como base os direitos humanos. Nessa visão, atributos de estatalidade ou soberania seriam instrumentais na realização dos valores inseridos nos direitos humanos, e não a própria essência do direito à autodeterminação. Nesse sentido,

---

<sup>132</sup> REISMAN (2009) apresenta convincentes argumentos em prol da teoria da instabilidade. De acordo com esse autor, o abandono procedido pelo direito internacional contemporâneo quanto ao vetusto princípio da efetividade – em que o reconhecimento de um Estado e sua jurisdição estava atrelado à sua capacidade de governar efetivamente uma população e um território – em favor de sua transformação em um argumento de direitos dos povos teria conduzido à emergência de Estados inviáveis ou falidos (*failed States*). Os Estados falidos demandariam da comunidade internacional um papel de complementação de governo para sua sustentação. Ver em especial, REISMAN, 2009, p. 229-262. Contudo, para os riscos de que essas distinções sejam apenas um relançamento de distinções superadas pelo direito internacional clássico (por exemplo, “civilizados” x “não-civilizados”), ver CRAWFORD, 2014, p. 364.

<sup>133</sup> Durante as negociações da Declaração, Erica-Irene Daes observou, com a aprovação dos demais representantes do WGIP, que os povos indígenas não pretendiam ter ou exercer o direito à secessão. Além disso, diversos representantes indígenas afirmaram que, com a autodeterminação, não buscam uma autorização para secessão. (DAES, 2011, p. 27, 32, 37). Em sentido similar, ver BURGHER, 2011, p. 45; LÂM, 2000, p. 135; WIESSNER, 2012, p. 45.

como desdobramento, a autodeterminação possuiria várias dimensões, e não significa simplesmente a busca pela estatalidade de uma comunidade ou independência do Estado. Esse autor indica como dimensões da autodeterminação sob a perspectiva dos direitos humanos: (i) não discriminação, impedindo que seja concedido um tratamento inferior aos povos indígenas e aos indivíduos que assim se qualificam; (ii) integridade cultural, que visa à proteção de todos os aspectos relacionados à diversidade dos padrões culturais indígenas; (iii) terras e recursos naturais, constituindo-se enquanto um conjunto de prescrições baseadas no reconhecimento das modalidades indígenas de manejo da terra e seus recursos; (iv) desenvolvimento e bem-estar social, com o propósito de atacar as condições de desvantagem econômica característica dos povos indígenas quando comparados ao restante da população dominante; (v) autogoverno, que seria a dimensão política da autodeterminação, demandando tanto esferas de autonomia como participação nos macroprocessos políticos.<sup>134</sup>

Assim, a autodeterminação pode ser vista muito mais como uma escala – em que não há necessariamente uma gradação evolutiva – a qual se pode conceber um nível mínimo de autodeterminação (o conteúdo de autogoverno minimamente garantido nos instrumentos internacionais) e um nível máximo (a separação e formação de um novo Estado).

Essa visão está de acordo com o que se tem denominado de “secessão corretiva” (*remedial secession*)<sup>135</sup>, isto é, a autodeterminação se manifesta como possibilidade de surgimento de um novo Estado somente quando uma comunidade se vê legitimada em razão de opressão ou exclusão sistemática do acesso ao governo.

Na decisão da Suprema Corte do Canadá a respeito do direito à secessão de Québec, já referida, reconheceu-se o direito à autodeterminação externa em três situações: (i) quando há uma situação de colonização; (ii) quando um grupo é oprimido como – assim exemplifica a própria Corte – no caso de uma ocupação militar

---

<sup>134</sup> ANAYA, 2004, p. 8-9.

<sup>135</sup> A palavra em inglês “remedial” não se traduz diretamente no português como “remedial”. Daí, para evitar anglicismo, optamos por traduzi-la como “corretiva”, embora “terapêutica” seja também uma opção que invoque o mesmo sentido.

estrangeira; (iii) quando é negado a um grupo determinável o acesso ao governo para perseguirem seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural.<sup>136</sup>

Contudo, a perspectiva contida na ideia da secessão corretiva – retoma-se, a de que o direito à autodeterminação somente legitima a formação de um novo Estado quando determinada comunidade é sistematicamente vítima de opressão, violência ou de negação política – é criticada por LÂM (2000). Assim afirma essa autora:

Eu sugiro que essa abordagem [da secessão corretiva, RSL] também contém um potencial perigoso. Por um lado, parece um contrassenso exigir que um povo deva permanecer vinculado a um Estado contra sua vontade a menos e somente se o último infligir um sofrimento *in extremis*. Por outro lado, se um povo pode obter independência apenas quando demonstrar que o Estado em que se inserem tem agido completamente de maneira odiosa, assim, ausente essa conduta, os líderes mais inescrupulosos desse povo serão motivados a provocá-la, o que, por sua vez, estimularia a resistência armada, e, por conseguinte, colocaria em movimento uma espiral de violência. (...) o conteúdo da autodeterminação não é pressionar um Estado desviante. Ao revés, o seu sentido é a satisfação de um desejo de um povo em realizar a si mesmo como entender adequado, pouco importando se o Estado em que se encontram transgrediu os direitos humanos desse povo.<sup>137</sup> (LÂM, 2000, p. 152)

Além de sua menção em duas cláusulas preambulares, a autodeterminação dos povos indígenas é nominalmente referida nos artigos 3 e 4 da Declaração, com o seguinte texto:

### Artigo 3

<sup>136</sup> Ver Suprema Corte do Canadá. Reference Re Secession of Quebec. File n. 25506. 1998. parágrafo 138. Assim conclui a Corte sobre tais circunstâncias: “Em todas as três situações, é atribuído o direito à autodeterminação externa ao povo em questão porque lhe foi negada sua habilidade de exercer internamente o direito à autodeterminação” No original: “*In all three situations, the people in question are entitled to a right to external self-determination because they have been denied the ability to exert internally their right to self-determination.*”

<sup>137</sup> No original: “*I suggest that this approach too harbors a dangerous potential. For one thing, it seems unconscionable to require that a people remain wedded to a state against its will unless and until the latter inflicts suffering in extremis. For another, if a people can obtain independence only by demonstrating that the enclosing state has acted wholly egregiously, then, absent such behavior, the more unscrupulous of that people’s leaders will be motivated to provoke it, which in turn would stimulate armed resistance, thereby setting in motion a spiral of violence.(...)self-determination is not about pushing a deviant state. Rather, it is about the fulfillment of a people’s desire to realize itself as it sees fit, whether or not a surrounding state has transgressed that people’s human rights.*”

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

#### Artigo 4

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Na primeira parte, o artigo 3º reconhece que os povos indígenas se qualificam como titulares do direito à autodeterminação. A segunda parte, por sua vez, guarda correspondência com o direito à autodeterminação tal como definido no art. 1º, § 1º, dos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

A novidade da definição do direito à autodeterminação encontra-se no art. 4º: os povos indígenas agora possuem direito à autonomia ou autogoverno quanto aos assuntos locais e internos, bem como ao financiamento necessário à sustentação da comunidade.

Não há outras referências expressas ao direito à autodeterminação no corpo da Declaração. Mas isso não significa dizer que os demais direitos nela estabelecidos não possuam pertinência ou relação com a autodeterminação. De outro modo, como entender o direito à preservação dos seus costumes e tradições, previstos no art. 11 a 14? Como compreender o direito de não serem removidos do seu território sem o seu consentimento, previsto no art. 10? Como ler o direito a manter e desenvolver “seus sistemas ou instituições políticas, econômicas e sociais, de que lhes seja assegurado o desfrute de seus próprios meios de subsistência e desenvolvimento e de dedicar-se livremente a todas as suas atividades econômicas, tradicionais e de outro tipo”, previsto no § 1º do art. 20? E o direito a estabelecer prioridades para o seu desenvolvimento, estabelecido no art. 23, como interpretá-lo senão como desdobramento da autodeterminação reconhecida? Além desses exemplos, a Declaração possui diversos dispositivos que reconhecem direitos coletivos dificilmente compreensíveis ou legitimados se estiverem desarticulados do direito à autodeterminação.

Contudo, a Declaração impõe também limites ao direito à autodeterminação, e remete à implementação da modalidade de seu exercício a negociações a serem travadas com o Estado em que o povo indígena se localiza. Por exemplo, quanto ao uso das terras, se configurado “interesse público pertinente”, as terras ou territórios dos povos



indígenas estarão sujeitas às atividades militares, independentemente de seu consentimento (art. 30). O exercício dos “costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos” deverão observar as normas do direito internacional dos direitos humanos (art. 34).

Contudo, as principais restrições – e aqui esclarecendo o que o direito à autodeterminação nela reconhecido não significa – estão contidas no art. 46, em seus dois primeiros parágrafos:

1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

2. No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, serão respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração estará sujeito exclusivamente às limitações previstas em lei e em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações não serão discriminatórias e serão somente aquelas estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática.

Assim, no primeiro parágrafo do art. 46, a Declaração segue o que as demais Resoluções da Assembleia-Geral da ONU já afirmavam: a impossibilidade de se ler o direito à autodeterminação “no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.”<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> Como afirma DAES, “Até a presente data, o direito internacional continua a respeitar esse princípio [da integridade territorial, RSL], autorizadamente estabelecido na Declaração dos Princípios de Direito Internacional referente às Relações Amistosas e Cooperação entre Estados de acordo com as Nações Unidas, apenas considerando Estados vis-a-vis outros Estados. A Declaração carece de autoridade para implicar uma mudança no quadro do direito internacional existente em relação a essa matéria.” (DAES, 2011, p. 39). No original: “*To date, international law continues to respect this principle, authoritatively set out in the Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the United Nations, only regarding States vis-a-vis other States. The Declaration lacks the authority to mandate change in the existing international law framework on this matter.*”

Se comparada às demais Resoluções da Assembleia-Geral que trataram de maneira geral a respeito da autodeterminação, analisadas nos itens anteriores, pode-se perceber que a autodeterminação na Declaração:

a) traz como novidade a possibilidade de sua aplicação a um povo inserido dentro do território de um Estado – assim, passa-se a admitir a aplicação da noção de autogoverno para além das relações metrópole-colônia, trazendo à lume as preocupações da “tese belga”<sup>139</sup>;

b) por outro lado, da mesma forma que as demais Resoluções da Assembleia-Geral, a Declaração segue afirmando o princípio da integridade territorial e da unidade política, isto é, reafirma que o direito à autodeterminação se exerce dentro do Estado, e não implica, sob qualquer hipótese, nenhum direito à secessão ou desvinculação política do Estado.

O art. 46, ao manter a integridade territorial dos Estados, descarta qualquer possibilidade do direito à autodeterminação, como consta na Declaração, ser lido como direito à formação de um novo Estado. Assim, para os Estados, a principal garantia é que o reconhecimento da autodeterminação não implicará a perda, parcial ou total, do seu território. Logo, de acordo com seu texto, o exercício da autodeterminação não poderá conduzir à secessão, e o reconhecimento da categoria “povo” não significa o reconhecimento de um Estado soberano, com personalidade internacional reconhecida pelos demais Estados. Se há direito de secessão de determinado povo em relação a um Estado – assunto altamente contestado no direito internacional – ele não se localizará dentro do escopo do direito à autodeterminação como previsto na Declaração, e deverá ser procurado em outro lugar<sup>140</sup>.

Como aponta o Comitê sobre Direitos dos Povos Indígenas da International Law Association (ILA)<sup>141</sup>:

---

<sup>139</sup> Assim afirma LÂM: “*The issue that the Belgian thesis surfaced remain relevant today, particularly in relation to indigenous peoples, meriting a re-visit.*” (LÂM, 2000, p. 117)

<sup>140</sup> Sobre o tema, LÂM entende que não há uma proibição de grupos subestatais em engajar em um processo de secessão. Para ela, no direito internacional, a questão da secessão seria um tema para o qual o direito internacional não oferece validação nem proibição. (LÂM, 2000, p. 134 e 151). Sobre a discussão a respeito do direito de secessão por essa autora, v. LÂM, 2000, p. 145-161. No sentido de que o art. 46 não implica direito à secessão, ver também BÖCKE, 2010, p. 351. SCHEININ (2005a) entende não existir um direito à secessão como decorrência automática do direito à autodeterminação, reconhecendo, contudo, as hipóteses traçadas pela decisão da Suprema Corte do Canadá acima mencionada. Ver. SCHEININ, 2005a, p. 9-10.

<sup>141</sup> A International Law Association (ILA) é uma associação civil privada que reúne estudiosos do direito

A inclusão do art. 46, parágrafo 1º no texto da UNDRIP confirma que a Declaração não cria para os povos indígenas um direito para estabelecer unilateralmente seu próprio Estado, i.e. um direito de secessão como uma forma de exercer o amplo direito de autodeterminação. Ao invés disso, em virtude do direito de autodeterminação, os povos referidos estão intitulado a exercer um grau oportuno de autonomia e auto-governo dentro do Estado em que vivem, sem conter autorização para realizarem atos contrários à integridade territorial ou unidade política dos Estados.<sup>142</sup> (ILA, 2010, p. 10)

A Declaração, ao fim e ao cabo, trata de reconhecer direitos aos povos indígenas principalmente *vis-à-vis* o Estado. Ainda que reconheça a autodeterminação como princípio, dela extrai tão somente determinados direitos relacionados ao autogoverno, não implicando qualquer emancipação dos povos indígenas dentro da entidade política internacionalmente reconhecida em que se encontram.<sup>143</sup>

Contudo, a Declaração traz diversas implicações para a estrutura de poder do Estado que conta com um povo qualificado como indígena e o direito à autodeterminação:

i) a primeira delas se refere ao exercício de autonomia. Como essa autonomia será exercida, depende, obviamente, de arranjos a serem feitos entre os povos indígenas e o Estado, não podendo se aplicar uma fórmula genérica que sirva para todos os contextos políticos e sociais.<sup>144</sup> Contudo, é importante que o Estado observe essa autonomia e promova sua implementação.

---

internacional mediante livre afiliação. Sua principal finalidade é elaborar estudos e propostas relacionadas ao desenvolvimento do direito internacional e, para tanto, estabelece comitês e grupos de estudo sobre temas específicos compostos por membros dos ramos sediados em diversos países.

<sup>142</sup> No original: “*The inclusion of Article 46 para. 1 in the text of UNDRIP confirms that the Declaration does not create for indigenous peoples a right unilaterally to establish their own State, i.e. a right of secession as a form of exercising the broader right of self-determination. Rather, by virtue of the right of self-determination, the peoples concerned are entitled to exercise an opportune degree of autonomy and self-government within the State in which they live, without providing authorization to carry out acts contrary to the territorial integrity or political unity of States.*”

<sup>143</sup> Como aponta EIDE (2011), demandas por autonomia sob a autodeterminação de acordo com a Declaração deverá respeitar a unidade política do Estado, cujas implicações são difíceis de se determinar em abstrato.

<sup>144</sup> A necessidade de uma negociação subsequente com os Estados para a implementação da Declaração é reconhecida no art. 38: “Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão as medidas apropriadas, incluídas medidas legislativas, para alcançar os fins da presente Declaração.”

ii) segundo, a Declaração reforça – e muito – a necessidade de manifestação de vontade do povo indígena para a implementação de políticas públicas ou exploração de atividades econômicas que afetem sua cultura e seu território. Assim, a Declaração apresenta uma nova leitura do “consentimento dos governados” isto é, a ideia de representação política já subjacente na proposta wilsoniana, mas agora com aplicação específica aos povos indígenas. Trata-se do que denominamos de direitos de participação, e que serão examinados em profundidade no terceiro capítulo;

iii) por fim, a Declaração culmina agora em um processo de internacionalização dos povos indígenas, ainda que inseridos em Estados independentes – isto é, deixa de se tratar de algo pertencente ao “domínio reservado” dos Estados e agora se sujeita a algum tipo de supervisão internacional. Ainda que se possa argumentar que isso já teria ocorrido com as Convenções da OIT, o que a Declaração inova é universalizar essa possibilidade e construir espaços, ainda que incipientes, no âmbito institucional das Nações Unidas para certo tipo de monitoramento internacional.

A teoria do “*salt water*” ou “*blue water*” cede agora para possibilitar a aplicação da autodeterminação a situações que extrapolam as relações metrópole-colônia além mar. Nesse sentido, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ao novamente articular o direito à autodeterminação dos povos, dessa vez identificando-o a povos “internos” de um Estado independente e soberano, já constituído, reabre o debate sobre o real significado da autodeterminação.

Nos termos da Declaração, a autonomia local surge como um dos meios de realização do direito à autodeterminação. Entre uma das principais ideias relacionadas à autodeterminação para os povos indígenas, aponta DAES: “Autodeterminação para os povos indígenas é assumida, entre outros sentidos, como a exigir um grau de autonomia envolvendo direitos culturais, econômicos e políticos dentro das estruturas de Estados reconhecidos.”<sup>145</sup> (DAES, 2011, p. 27)

Contudo, como conclui LÂM, a autonomia não implica reconhecimento de povos indígenas no direito internacional, figurando, em realidade, como um termo político para designar desconcentração de poder no plano doméstico para unidades ou grupos subestatais. (LÂM, 2000, p. 140)

---

<sup>145</sup> No original: “Self-determination for indigenous peoples is assumed, among other meanings, to require a degree of autonomy involving cultural, economic and political rights within the structures of recognised States.”

Ainda que o direito à autodeterminação não implique qualquer possibilidade de fragmentação territorial, a Declaração visa a garantir, ao mesmo tempo, que os recursos naturais existentes em terras titularizadas pelos povos indígenas estejam sob seu controle, e não sob disposição exclusiva e arbitrária do Estado. Como assinala Burger,

o exercício da autodeterminação pode ser implementado pela consolidação e melhoramento de seu [dos povos indígenas, RSL] controle e propriedade das terras, territórios e recursos e por meio do reconhecimento por direito e na prática de suas instituições de autogoverno. (BURGUER, 2011, p. 43)<sup>146</sup>

Logo, o direito à autodeterminação, na maneira como foi articulado na Declaração, é frequentemente percebido como um elemento voltado à redistribuição de poder e de competências aos povos indígenas com escopo e conteúdo intra-estatal<sup>147</sup>, assim como um acordo sobre meios voltados a possibilitar sua participação em processos decisórios nos níveis local, regional e nacional. Desse modo, desloca-se o foco da sua implementação do plano internacional para as arenas locais e nacionais. (BURGUER, 2011, p. 47 e 55). Esse aspecto da autodeterminação, como reconhecido na Declaração, tem sido também reconhecido como autodeterminação interna (QUALE, 2011).

Como afirma WIESSNER, sob a reivindicação da autodeterminação, está a aspiração dos povos indígenas em proteger seus estilos de vida, a modificar suas tradições como eles entenderem necessárias e fazer suas culturas florescerem. Daí o foco em um espaço preservado para constituírem um processo decisório independente sobre processos e funções dentro da estrutura de sua comunidade. (WIESSNER, 2012, p. 45)

A autodeterminação busca conferir aos povos indígenas novo instrumental, traduzidos em procedimentos e direitos, para contrabalancear medidas estatais que os ignorem ou não os inclua no processo decisório de medidas governamentais que os

---

<sup>146</sup> No original: “*the exercise of self-determination can be implemented by consolidating and enhancing their control over and ownership of their lands, territories and resources and through recognition in law and in practice of their self-governing institutions.*”

<sup>147</sup> Ver ROMBOUTS, 2014, p. 33. Como aponta o observador da Nova Zelândia, o sentido seria de um “process of empowerment within the State in which they lived.” (DAES, 2011, p. 31) Sobre essa ênfase no aspecto interno da autodeterminação, ver também STAVENHAGEN, 2011, p. 163.

afetem diretamente. Visto no seu sentido máximo, como permitido pela Declaração, significa agora que os povos indígenas exercem uma jurisdição cooperativa ou compartilhada com o Estado. O direito à autodeterminação emerge como um direito em progresso para negociar as condições de sua existência com outros atores – nacionais e internacionais – a partir dos parâmetros estabelecidos na Declaração.<sup>148</sup>

Contudo, é importante destacar que a Declaração, ainda que reconheça a autodeterminação, prende-se ao que se convencionou chamar de paradigma doméstico<sup>149</sup>: a relação entre os povos indígenas e o Estado permanece um tema *prioritariamente* interno, embora eventualmente sujeito à supervisão internacional e capilarizado por desenvolvimento de normas protetivas no plano internacional<sup>150</sup>, à moda do que ocorre com o regime de direitos humanos.

A “domesticação” do princípio da autodeterminação foi logo percebida por um observador da Nova Zelândia durante as negociações da Declaração, para quem se daria uma

moderna interpretação da autodeterminação dentro das fronteiras de um Estado-nação, abrangendo uma ampla gama de situações mas relacionado essencialmente ao direito de um povo participar nos assuntos políticos, econômicos e culturais do Estado em termos que sejam condizentes com suas aspirações e permitam a eles assumir o controle de suas próprias vidas. (DAES, 2011, p. 31)<sup>151</sup>

Essa domesticação feita pela Declaração importa, em realidade, na manutenção de um fenômeno já antigo e com certa desenvoltura teórica: os povos indígenas, ainda que povos, são percebidos e tratados como minorias *de facto* étnicas ou nacionais dentro

<sup>148</sup> A essa perspectiva, LÂM atribui o “desafio radical” feito aos Estados, acostumados a um paradigma em que o Estado moderno seria o ator suficiente e exclusivo a agir dentro de um espaço territorial específico. (LÂM, 2000, p. 155)

<sup>149</sup> WATSON & VIENNE, 2012, p. 98.

<sup>150</sup> Como veremos em seguida, o direito internacional tem se desenvolvido significativamente no campo da proteção dos povos indígenas, por vezes em velocidade e qualidade muito superior ao direito doméstico dos Estados pertinentes. Reflexos desse fenômeno são visíveis, como, por exemplo, a incorporação feita pela Bolívia do texto integral da Declaração e o reconhecimento pela Suprema Corte colombiana da Convenção n. 169 como integrante do bloco de constitucionalidade daquele país (Sentença T-376/12 – Corte Constitucional da Colômbia).

<sup>151</sup> No original: “...a proposed modern interpretation of self-determination within the bounds of a Nation State, covering a wide range of situations but relating essentially to the right of a people to participate in the political, economic and cultural affairs of a State on terms which meet their aspirations and which enable them to take control of their own lives.”

do Estado. Dito de outro modo, de acordo com vários críticos, a Declaração significa apenas que tudo mudou para as coisas continuarem as mesmas.<sup>152</sup>

Contudo, por outro lado, agora o direito internacional abre as comportas para um tipo de supervisão ou monitoramento internacional.<sup>153</sup> Desnecessário dizer que esse tipo de ação estará longe de ser isento de tensões, pois envolverá pontos sensíveis aos governos, como ordenamento territorial, disposição de populações e uso de recursos naturais.

Trazer a temática dos povos indígenas para o plano internacional, e, por conseguinte, retirá-la do “domínio reservado” dos Estados, não é uma novidade da Declaração, existindo precedentes tanto no âmbito do regime da OIT como no regime internacional de proteção dos direitos humanos.<sup>154</sup> O que é novidade é inseri-la no âmago político das Nações Unidas, abrindo possibilidades de participação direta – embora sem quaisquer direitos de voto e, pelo momento, de interferência em processos decisórios conclusivos no âmbito dessa Organização – para os povos indígenas, construindo órgãos e instituições voltados à proteção e áreas de participação.

Embora a Declaração tenha privilegiado o denominado “paradigma doméstico”, ela não impossibilita o acesso dos povos indígenas a espaços políticos e jurisdicionais internacionais. Ao revés, como será visto, recentemente tem avançado a construção de espaços institucionais específicos no âmbito das Nações Unidas e de solução de controvérsias no âmbito dos *treaty-bodies* e Cortes de Direitos Humanos para resolver conflitos entre Estados e povos indígenas.

Assim, a Declaração não afasta a possibilidade de algum grau do que se denomina “autodeterminação externa”, pois os povos indígenas são legitimados a se

---

<sup>152</sup> Para SCHULTE-TENCKHOFF (2012, p. 83), o direito à autodeterminação deveria implicar uma possibilidade de escolha genuína aos povos indígenas para determinar o seu *status* político, inclusive podendo rever a questão do colonialismo. Também criticamente quanto à autodeterminação, como estabelecida na Declaração, ver WATSON & VENNE (2012).

<sup>153</sup> Veja-se, por exemplo, a linguagem não muito clara do art. 40 da Declaração: “Os povos indígenas têm direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e a uma decisão rápida sobre essas controvérsias, assim como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e coletivos. Essas decisões tomarão devidamente em consideração os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos.” Como funcionará a solução de controvérsias? Ela é feita pelo próprio Estado ou por um mecanismo internacional? Entendendo que o paradigma doméstico, como posto na Declaração, retira o sentido da autodeterminação externa ou para o direito internacional, ver WATSON & VENNE (2012).

<sup>154</sup> Ver a seção 3.3 *infra*, sobre os regimes internacionais de proteção dos povos indígenas.

afirmarem como povos distintos do Estado, inclusive sendo assim qualificados perante órgãos internacionais. Contudo, essa autodeterminação externa não alcança o reconhecimento a um determinado povo a possibilidade de constituir um Estado e somente é realizada na medida e nas condições que os Estados e os organismos internacionais lhes autorizam. É, portanto, um exercício político que permanece condicionado ao voluntarismo estatal e as agências controladas pelos Estados. Nesse sentido, como afirma CRAWFORD (2014), o direito internacional permanece, em princípio, exclusivista, e a Declaração pouco faz para modificar a estrutura estatocêntrica, que correlaciona poder normativo internacional à estatalidade.<sup>155</sup>

Se a ênfase da Declaração na autodeterminação é no paradigma doméstico, isso acaba por aproximar o sistema de proteção dos povos indígenas ao de direitos humanos. De fato, a primazia da proteção permanece ainda relegada ao plano doméstico, aplicando-se subsidiariamente ou complementarmente a supervisão internacional, na medida em que os Estados reconhecerem a competência dos órgãos internacionais, incluindo os tribunais internacionais.

Se agora é compreendido como a autodeterminação se realiza a partir da Declaração, resta saber a sua normatividade. Isto é, ela vincula juridicamente os Estados que compõem o sistema internacional?

### 2.2.3. Qual a normatividade da “autodeterminação” dos povos indígenas?

A Declaração possui ainda um caráter normativo disputado. Para os povos indígenas e alguns autores, a Declaração seria a consolidação de direitos reconhecidos a eles no âmbito do direito internacional.<sup>156</sup>

Contudo, para os Estados que a aprovaram, a Declaração não possuiria um

---

<sup>155</sup> De acordo com CRAWFORD (2014, p. 211), “Mas ainda é o caso de os Estados reterem a prerrogativa da governança doméstica e internacional, delegada *ad hoc* ou por tratado, mas não abandonada. O direito internacional da personalidade é, sem dúvida, mais aberto nos dias atuais, mas para todos os fins é ainda um direito de exclusão, e não de participação.” No original: “*But it remains the case that States retain the prerogative of domestic and international governance, delegated ad hoc or by treaty, but not abandoned. The international law of personality is no doubt more open today, but for key purposes it is still a law of exclusion, not participation.*” CRAVEN (2014, p. 214) também aponta para uma evolução histórica do direito internacional em caráter exclusivista, restringindo-se a definição de seus participantes, os Estados.

<sup>156</sup> Ver, por exemplo, a posição de TRASK (2012), para quem a Declaração não cria realmente quaisquer novos direitos, e sim “elucida” ou clarifica os direitos humanos que foram negados aos povos indígenas. (TRASK, 2012, p. 328). Sobre esse entendimento, ver também ALLEN, 2011, 231.



caráter vinculante, embora sua linguagem seja claramente uma linguagem normativa, que se assemelha ao texto dos tratados.<sup>157</sup> Sob o ponto de vista de uma corrente clássica do direito internacional, a Declaração, aprovada como simples Resolução da Assembleia-Geral – ainda que o seu processo de elaboração tenha sido extremamente demorado e complexo – demandaria o cumprimento de uma série de requisitos no âmbito da normatividade jurídica para alçar ao *status* de regra de direito internacional.

Nesse ponto, há uma importante passagem na opinião consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, em que a CIJ assim afirmou:

Resoluções da Assembleia-Geral, mesmo que não sejam vinculantes, podem, algumas vezes, possuir um valor normativo. Elas podem, sob certas circunstâncias, oferecer evidência importante para estabelecer a existência de uma regra ou a emergência de *opinio iuris*. Para estabelecer se esse é o caso de determinada resolução da Assembleia-Geral, é necessário verificar o seu conteúdo e as condições de sua adoção; é também necessário ver se existe *opinio iuris* quanto ao seu caráter normativo.<sup>158</sup>

Embora tenha sido amplamente aprovada, ainda é incerto se é recebida já como um costume internacional. Para ALLEN (2009, p. 188-194), a Declaração não tem como propósito incorporar-se ao *corpus iuris internacional*, mas servir como modelo para a regulação legal no nível doméstico. Assim, serviria como uma *lex ferenda* local, e não *lex lata* internacional. Contudo, outro é o entendimento esposado por ANAYA (2004, p. 61-72) e WIESSNER (2012, p. 42), para quem os direitos nela previstos já figurariam como costumes internacionais.

A posição do Comitê sobre Direitos dos Povos Indígenas da ILA é de que, embora a Declaração não possa ser entendida em sua integralidade como norma de direito costumeiro internacional, alguns dos direitos nela estabelecidos o são. O direito à autodeterminação se incluiria entre os direitos considerados como consolidados em

<sup>157</sup> Ver STAVENHAGEN, 2011, p. 151; ALLEN, 2011, p. 225 e 227.

<sup>158</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226, parágrafo 70. No original: “General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of *opinio iuris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio iuris* exists as to its normative character.”

costume internacional (ILA, 2012, p. 29-30)

Muito nova, com prática dificilmente disseminada pelos Estados e com poucas referências em resoluções subsequentes, talvez seja ainda prematuro reconhecer a Declaração como um costume internacional, ao menos na sua integralidade, ainda que possa ser considerada como um importante contributo à evolução do direito internacional costumeiro.<sup>159</sup> Com isso, não queremos dizer que diversas das normas da Declaração não possuam caráter obrigatório. Parte delas guardam forte correspondência com aquelas previstas na Convenção n.º 169, da OIT, examinada na seção seguinte. A Convenção n.º 169 da OIT qualifica-se como um tratado, gozando suas regras, portanto, da mesma normatividade aplicável a qualquer tratado.

O direito à autodeterminação dos povos indígenas, contudo, não aparece na Convenção n.º 169 – não, ao menos, explicitamente. Nesse sentido, sua inserção na Declaração traz, de fato, novos ares no plano internacional, daí a resistência por parte dos Estados no seu reconhecimento formal, amansada ao longo de duas décadas.

Na questão da normatividade, é significativo o entendimento de Erica-Irene Daes, que atuou como Presidente do WGIP, responsável pela elaboração da Declaração:

A Declaração contém um catálogo de direitos que, embora não seja legalmente vinculante aos Estados-nação, reflete o compromisso dos Estados em oferecer reconhecimento, proteção e apoio legal e político efetivos aos direitos e culturas dos povos indígenas. Ela também serve como um parâmetro política e moralmente significativa pelo qual se pode avaliar, criticar e reformar as leis e ações dos Estados no que toca ao tratamento de seus povos indígenas.<sup>160</sup> (DAES, 2011b, p. 483)

Todavia, o fenômeno da normatividade internacional trilha às vezes caminhos misteriosos<sup>161</sup>. No mesmo ano em que aprovada pela Assembleia-Geral da ONU,

---

<sup>159</sup> STAVENHAGEN, 2011, p. 151.

<sup>160</sup> No original: “*The UNDRIP comprises a bill of rights which, though not legally enforceable against nation-states, reflects the commitment of States to provide effective legal and political recognition, protection and support to the rights and cultures of indigenous peoples. It also serves as a politically and morally significant standard by which to evaluate, critique and reform the laws and actions of States as far as the treatment of their indigenous peoples is concerned.*” Para uma discussão a respeito da normatividade da Declaração, ver ainda ILA, 2010, p. 5-6. De acordo com esse relatório, para alguns a Declaração poderia ser definida como *soft law*, para outros uma constatação do direito costumeiro internacional ou ainda como evidência de *opinio iuris* de um costume internacional em formação.

<sup>161</sup> Crawford se refere à “ideia de normatividade” como a “articulação de uma prática como vinculante.”

fenômenos políticos e jurídicos interessantes emergiram rapidamente para assegurar a legitimidade e normatividade da Declaração. Na Bolívia, foi aprovada a Lei Nacional 3760, que incorporou, em um texto legal, a Declaração, em sua literalidade.

No plano judicial, a Suprema Corte de Belize reconheceu a Declaração com um caráter jurídico, isto é, obrigatório e vinculante, aplicando-a a um caso concreto sob sua apreciação. Assim se manifestou esse órgão judicial:

Também importante nesse aspecto é a recente Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007. Evidentemente, distintamente das resoluções do Conselho de Segurança, as resoluções da Assembleia-Geral não são ordinariamente vinculantes aos Estados-membros. Mas quando essas resoluções ou Declarações contêm princípios de direito internacional geral, não se espera que os Estados as ignorem. Essa Declaração – GA Res 61/295, foi adotada pelo número massivo de 143 Estados a favor com apenas quatro Estados contra com onze abstenções. É de primeira importância, na minha perspectiva, que Belize votou a favor dessa Declaração.(...) Por conseguinte, sou da opinião que essa Declaração, uma vez que incorpora princípios gerais de direito internacional relacionados aos povos indígenas e suas terras e recursos, é de tal força que os réus, representando o governo de Belize, não vá descumpri-la. Belize, deve ser lembrado, votou a seu favor. (...) Logo, ousar pensar que os réus não estão desejosos a tomar qualquer medida apta a prejudicar os dispositivos dessa Declaração, importando como ela faz, na minha visão, em obrigações significantes para o Estado de Belize no que concerne aos direitos dos indígenas Maya aos direitos à sua terra e recursos.<sup>162</sup>

---

Ver CRAWFORD, 2012, p. 26. No direito internacional, o fenômeno de uma normatividade descentralizada é identificado principalmente na teoria das fontes, em especial, no exame dos costumes internacionais. Ver em especial THIRLWAY, 2014b.

<sup>162</sup> Suprema Corte de Belize. Caso n.º171 de 2007. Parágrafos 131-133. Disponível em <http://www.belizejudiciary.org/web/civil-judgments/2007/>. Acesso em 15 dez 2013. No original: “Also, importantly in this regard is the recent Declaration on the Rights of Indigenous Peoples adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 September 2007. Of course, unlike resolutions of the Security Council, General Assembly resolutions are not ordinarily binding on member states. But where these resolutions or Declarations contain principles of general international law, states are not expected to disregard them. This Declaration – GA Res 61/295, was adopted by an overwhelming number of 143 states in favour with only four States against with eleven 64 abstentions. It is of some signal importance, in my view, that Belize voted in favour of this Declaration. (...)I am therefore, of the view that this Declaration, embodying as it does, general principles of international law relating to indigenous peoples and their lands and resources, is of such force that the defendants, representing the Government of Belize, will not disregard it. Belize, it should be remembered, voted for it. (...)I therefore venture to think that the defendants would be unwilling, or even loath to take any action that would detract from the provisions of this Declaration importing as it does, in my view, significant obligations for the State of Belize in so far as the indigenous Maya rights to their land and resources are concerned.”

Deve-se, apontar, contudo, que essas considerações não estão infensas a críticas. ALLEN (2009) considera que a referência eclética feita nessa decisão, ao atribuir caráter de direito positivo a regras cujo *status* é controvertido no direito internacional, criaria expectativas equivocadas aos povos indígenas, além da discricionariedade judicial nesse caso implicar desequilíbrios na balança de poderes.<sup>163</sup>

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez referência a ela no caso do Povo Saramaka v. Suriname, julgado também em 2007.<sup>164</sup>

Devemos destacar, porém, que a Declaração não teve uma recepção tão auspiciosa pelo nosso Supremo Tribunal Federal. Ao relatar a PET 3388<sup>165</sup> – conhecida no cenário jurídico-nacional por se referir à controvertida demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol – o Ministro relator, em seu voto, fez consignar:

O que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente ‘Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas’ (documento datado de 13 de setembro de 2007), porquanto são termos afirmativos de um suposto direito à autodeterminação política, a ser ‘exercido em conformidade com o direito internacional’. Declaração, essa, de que os índios brasileiros nem sequer precisam para ver a sua dignidade individual e coletiva juridicamente positivada, pois o nosso Magno Texto Federal os protege por um modo tão próprio quanto na medida certa. Bastando que ele, Magno Texto Brasileiro, saia do papel e passe a se incorporar ao nosso cotidiano existencial, num itinerário que vai da melhor normatividade para a melhor experiência. É a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano sócio-econômico [sic] e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por bem intencionada que seja.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Ver ALLEN, 2009, p. 201.

<sup>164</sup> Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007.. Serie C No. 172. Parágrafo 131.

<sup>165</sup> O caso relacionado à PET 3388 envolveu o julgamento de uma ação popular em que se discutia a demarcação de terras indígenas na localidade Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima. Esse caso ganhou repercussão no cenário nacional por compreender uma extensa demarcação de terras (1,7 milhão de hectares), de caráter contínuo, o que implicou a retirada de produtores rurais não-índios que ocupavam parte das terras.

<sup>166</sup> Ibid., parágrafo 67. Se o raciocínio articulado pelo Ministro relator fosse aplicado para outras situações previstas no direito internacional, cumpriria refletir como seriam vistos os diversos tratados, declarações e

A Declaração, sob o ponto de vista do direito internacional, poderia também desempenhar ao menos um papel interpretativo em relação a tratados de direitos humanos ou mesmo de leitura de normas constitucionais.<sup>167</sup>

Não bastasse isso, outro fenômeno se refere aos Estados que votaram contra a Declaração, no momento de sua aprovação pela Assembleia-Geral. No momento de sua aprovação, os EUA, Canadá, Nova Zelândia e Austrália repudiaram a Declaração, não concordando com os princípios nela enunciados.<sup>168</sup> Contudo, nos anos seguintes, reviram seu posicionamento e se manifestaram a favor da Declaração<sup>169</sup>, embora por vezes com algumas qualificações e reservas. É curioso examinar como foram essas manifestações. É como se esses Estados, agora concordando com a Declaração, fizessem declarações interpretativas ou com natureza similar à de reserva de tratado internacional.<sup>170</sup> Isso em um texto que, na percepção do direito clássico, guardaria, enquanto não se consolidar como costume internacional ou resultar em um tratado, um baixo teor de normatividade jurídica.<sup>171</sup>

Tornando a questão ainda mais complexa, é de se perguntar realmente em que a Declaração acrescenta quanto ao direito à autodeterminação. O princípio da autodeterminação dos povos, analisado nesse capítulo, possui estatura de regra

---

demaís instrumentos de direitos humanos reconhecidos pelo Estado brasileiro, já que diversos dos direitos neles elencados guardam correspondência no catálogo de direitos previstos em nossa Constituição Federal. Afortunadamente, o e.STF parece reconhecer a importância ao menos dos tratados de direitos humanos, ao reconhecer a eles um *status* de supralegalidade na hierarquia das fontes do direito brasileiro. Ver RE 466343, Rel. Min. Vezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, publicado no DJe em 05/06/2009.

<sup>167</sup> Sobre o papel interpretativo da Declaração, ver TRASK, 2012, p. 334-336.

<sup>168</sup> Cento e quarenta e três Estados votaram a favor da Declaração, incluindo o Brasil. EUA, Canadá, Austrália e Nova Zelândia votaram contra. Houve 11 abstenções. (ALLEN & XANTHAKI, 2011, p. 1).

<sup>169</sup> A Austrália se manifestou a favor em abril de 2009, o governo da Nova Zelândia em abril de 2010, o Canadá em novembro de 2010 e em dezembro de 2010, Barack Obama, presidente dos EUA à época, apoiou a Declaração. Ver WIESSNER, 2012, p. 41.

<sup>170</sup> ALLEN nota que a Declaração possui a linguagem dos direitos, assim como noções jurídicas subjacentes. Ver ALLEN, 2009, p. 193.

<sup>171</sup> Como anota GLENN (2011, p. 180 – grifo no original): “Refusal to sign and implement a *treaty* intended to create binding international obligations is much more easily understood in terms of a binary distinction between law and non-law. The significance of voting on a Declaration – and this includes positive votes as well as negative ones – is much more difficult to evaluate and describe. It is in all cases a question of governmental sentiments or attitudes.”

internacional, inclusive gozando de caráter peremptório, na visão de certos comentadores. Portanto, se determinada coletividade se qualifica como “povo”, pouco importa se indígena ou não, torna-se titular desse direito, podendo reivindicar as consequências políticas e legais relacionadas a esse reconhecimento.<sup>172</sup>

O que a Declaração agora faz é deslocar a discussão não mais para o que seja “povo” e como obter esse reconhecimento no plano internacional. O ponto nevrálgico agora é definir o que é um “povo indígena”, que é um tema não menos desafiador e sujeito a critérios políticos e intersubjetivos, tema explorado no próximo capítulo. Todavia, para aqueles agrupamentos humanos que já são reconhecidos como indígenas pelos Estados em que se encontram, agora, de fato, a sociedade internacional lhes deu mais um instrumento legítimo para reivindicar seus direitos e influenciar nos processos políticos, tanto no nível doméstico como internacional. A autodeterminação, ainda que tenha conteúdo relativamente indeterminado e contextualmente variável, não deixa de se associar a uma série de concepções, tais como autonomia e necessidade de consentimento. Os Estados veem-se agora diante da borduna do discurso dos direitos, arrancando de seu “domínio reservado” o tema das sociedades indígenas e colocando-o agora sob os holofotes da sociedade internacional.

Os consequentes desenvolvimentos normativos da Declaração são ainda incertos. Não se verifica ainda uma movimentação determinada em transformá-la em um tratado internacional, nos moldes do que ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (posteriormente resultando na formulação de dois tratados: o PIDCP e PIDESC). De outro modo, ela segue sendo o mais legítimo instrumento internacional concebido com a ativa participação dos povos indígenas e como o fruto de uma negociação possível entre os Estados e esses povos (DAES, 2011).

Os Estados que compõem a sociedade internacional, cuja criação decorreu muitas vezes da aplicação da ideia de autodeterminação, vê-se confrontada por demandas de igual gênero, dessa vez por um grupo interno ou subnacional. É como o reconhecimento do aprendiz de Goethe, ao dizer para o seu mestre feiticeiro: “Os espíritos que eu chamei, destes não me livro mais.”<sup>173</sup>

<sup>172</sup> A hesitação quanto agora estabelecer uma categoria específica como titular do direito à autodeterminação surgiu também logo no início dos trabalhos do WGIP, quando começava o debate para estabelecer os *standards* da Declaração. Ver DAES, 2011, p. 18.

<sup>173</sup> “*Die ich rief die Geister, werd'ich nun nicht los.*” Devemos essa tradução e referência a LIMA (2002, p. 356).

### 3. POVOS INDÍGENAS COMO PARTICIPANTES DO DIREITO INTERNACIONAL E OS SUB-REGIMES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO: FORMAÇÃO, INSTRUMENTOS, INSTITUIÇÕES

A definição de “povos indígenas” como uma categoria do direito internacional a qual se atribuem certos direitos não é tão simples, tanto a partir de uma perspectiva teórica quanto prática. Compreender o debate é relevante, na medida em que dele decorrem consequências normativas. O direito internacional não é indiferente quando determinada coletividade deixa de ser considerada um “grupo”, massa amorfa e indiferente ao complexo normativo-político, para cair na categoria jurídica de “povo”, que, porque fluida e dinâmica, engendra celeumas teóricas e práticas inconclusivas. Contudo, para que possamos explorar a funcionalidade dos direitos atribuídos examinados nesse estudo – os direitos de participação –, é fundamental que compreendamos o seu titular. Nesse sentido, o conceito de “povos indígenas” apresenta diversas complexidades e entender os desafios dessa definição é uma premissa para, após, possibilitar a análise dos direitos de participação.

Como aponta SCHULTE-TENCKHOFF (2012), reconhecer os direitos de grupos levanta a questão de como um grupo pode ser identificado para poder reivindicar determinados direitos, principalmente enquanto coletividade, e não como indivíduos. Assim, revela-se crucial identificar os beneficiários potenciais de um *standard legal* internacional.<sup>174</sup>

Diante do objeto desse trabalho, o exame recairá principalmente a respeito dos conceitos de “minorias” e “povos indígenas”. Por vezes, os povos indígenas são considerados minorias, e por vezes grupos reputados como minorias tentam se aproximar ou se enquadrar no conceito de povos indígenas. Longe de se tratar de definições intercambiáveis, cada uma delas invoca uma série de noções, ideias e imagens, e que necessitam de maiores esclarecimentos. Referência também será feita à ideia de “povo”, embora de maneira mais restrita do que já tratado no capítulo anterior.

Além da problematização do que é “ser indígena” no direito internacional, esse capítulo tem como objetivo apresentar e analisar os três sub-regimes internacionais de proteção dos povos indígenas, identificando os parâmetros normativos que os fundamentam, o processo de monitoramento quanto à observância de suas normas e as

---

<sup>174</sup> Ver SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 75-76.

instituições responsáveis por sua aplicação. Conhecendo esses sub-regimes jurídicos internacionais, é possível entender como o conteúdo dos direitos de participação serão identificados e articulados em cada um deles, o que será abordado no capítulo seguinte.

### 3.1. POVOS INDÍGENAS COMO PARTICIPANTES DO DIREITO INTERNACIONAL

Não é nosso propósito argumentar ou concluir nesse estudo que os povos indígenas são, agora, sujeitos de direito internacional. Como sinaliza HIGGINS (1994), posição que acolhemos nesse trabalho, o debate quanto à emergência de atores não-estatais como sujeitos de direito (tais como os indivíduos, empresas transnacionais, etc.) pode se tornar de todo redundante e estéril, convertendo-se, no mais das vezes, em elucubrações acadêmicas de pouco sentido prático.

Em crítica a esse apego da categoria do “sujeito”, partindo de sua concepção do direito internacional como um processo decisório particular, assim aponta:

Em primeiro lugar, o direito internacional não é apenas constituído de ‘regras’; ademais, suas normas não são fixadas indefinidamente e assim são plenamente responsivas às necessidades do sistema. Ainda, a definição positivista assume que alguma regra específica é necessária ‘permitindo’ o indivíduo a ser um ‘sujeito’ de direito internacional. Por fim, toda a ideia de ‘sujeitos’ e ‘objetos’ não possui uma realidade crível, e, na minha perspectiva, nenhum propósito funcional. Nós erguemos uma prisão intelectual a partir de nossa própria escolha e então declaramos que ela é um obstáculo inalterável. (...) É mais útil e próximo à realidade percebida retornar à visão do direito internacional como um processo de tomada de decisões particular. Dentro desse processo (que é dinâmico, e não estático) existe uma variedade de participantes, apresentando demandas que ultrapassam as linhas do Estado, com o objeto de maximizar diversos valores. Determinações serão feitas sobre essas demandas por diversos entes decisórios autorizados – consultores jurídicos de Ministérios das Relações Exteriores, tribunais arbitrais, cortes. Agora, nesse modelo, não há ‘sujeitos’ e ‘objetos’, mas apenas participantes.” (HIGGINS, 1994, p. 49-50, tradução nossa)<sup>175</sup>

<sup>175</sup>No original: “First of all, international law is not only ‘rules’; moreover, its norms are not fixed indefinitely and are thus wholly responsive to the needs of the system. Further, the positivist definition assumes that some specific rule is required ‘permitting’ the individual to be a ‘subject’ of international law. Finally, the whole notion of ‘subjects’ and ‘objects’ has no credible reality, and, in my view, no



O que importa para caracterizar os povos indígenas como atores e participantes ativos do direito internacional, independente da categoria jurídica que se dê, é que eles possuem direitos reconhecidos em tratados internacionais (fonte clássica do direito internacional, conforme prevê o art. 38, (a), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça); podem submeter, em certa medida, seus pleitos órgãos interestatais (como é o caso do Comitê de Direitos Humanos, no Sistema ONU<sup>176</sup>, e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ambos analisados nesse capítulo); e, enquanto agentes políticos, hoje desfrutam de um espaço próprio no ambiente internacional para submeter suas demandas e pretensões (no que aqui denominamos de sub-regime em formação, analisado em seguida).

Os povos indígenas surgem com protagonismo internacional principalmente a partir da década de 1970<sup>177</sup>. Muito embora a Convenção n. 107, de 1957, da OIT<sup>178</sup> já fizesse referência às “populações indígenas”, esse tratado internacional buscou regulamentar muito mais um conjunto de diretrizes de políticas públicas do que propriamente buscou conferir e alocar direitos a povos indígenas e tribais (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005). Nesse sentido, somente quando esses povos passaram a reivindicar o reconhecimento de direitos no plano internacional – o que se daria a partir da década de 70<sup>179</sup> – é que o direito internacional passou a tratá-los não como um

---

*functional purpose. We have erected an intellectual prison of our own choosing and then declared it to be an unalterable constraint. (...) It is more helpful, and closer to perceived reality, to return to the view of international law as a particular decision-making process. Within that process (which is a dynamic and not a static one) there are a variety of participants, making claims across state lines, with the object of maximizing various values. Determinations will be made on those claims by various authoritative decision-makers – Foreign Office Legal Advisers, arbitral tribunal, courts. Now, in this model, there are no ‘subject’ and ‘objects’, but only participants.”*

<sup>176</sup> O direito internacional contemporâneo não admite ainda o *locus standi* dos povos indígenas *quo* povos indígenas, mesmo em órgãos de direitos humanos. Contudo, na prática, ainda que as demandas relacionadas a povos indígenas sejam admitidas com base numa titularidade individual, ou proposta por organizações não-governamentais (no caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos), o fato é que o direito material desses povos tem sido analisado por órgãos internacionais.

<sup>177</sup> Ver SWEPTON, 2005, p. 53.

<sup>178</sup> Ver 3.3.1 *infra*.

<sup>179</sup> Em seu primeiro relatório, o Comitê sobre Direitos dos Povos Indígenas da *International Law Association* (ILA) aponta que essa busca do movimento indígena pelos foros internacionais decorre, em grande parte, da necessidade de clarificar, confirmar e desenvolver os seus direitos. O movimento indígena teria como cause tanto a resistência em entregar sua autonomia aos Estados como também pela intransigência dos Estados em reconhecerem sua autonomia sobre suas terras e territórios, recursos, leis e costumes. ILA, 2008.

mero objeto de políticas estatais, como ocorria na Convenção n. 107, mas como participantes a que foram atribuídos, aos poucos, uma série de direitos por meio de instrumentos internacionais.<sup>180</sup>

Como aponta REISMAN (2013), compreender essa rica *dramatis personae* para além do Estado é uma exigência para diversas tarefas de análise do estudioso do direito internacional. Para ele, ao contrário do que alguns acadêmicos afirmam, não é o caso de se perguntar se novos atores devem ser permitidos a participar.

Eles *estão* participando. E uma vez que as lealdades das pessoas, os atores últimos em todo processo social, são cada vez mais transitivos ou transferíveis e o mesmo indivíduo pode operar, em diversos momentos, por meio de diversos atores, isso faz com que seja ainda mais urgente identificar o alcance de atores-chave que se tornaram competidores e colaboradores dos Estados e as várias transformações e hibridizações a que esses atores normalmente são submetidos na prática. (REISMAN, 2013, p. 284)<sup>181</sup>.

O direito internacional contemporâneo, portanto, cede espaço e reconhece direitos aos povos indígenas.<sup>182</sup> Entendemos que isso, para fins desse trabalho, é o bastante para caracterizá-los como participantes do direito internacional.

---

<sup>180</sup> ALLEN tece as seguintes considerações sobre esse processo: “Indigenous peoples’ efforts to internationalise their struggle for rights could be seen as a search for voice, and their successful penetration of supranational institutions and the development of international standards demonstrate that indigenous peoples have moved from objects to subjects of the international community and thus have regained their agency (albeit at an international level.” (ALLEN, 2011, p. 236)

<sup>181</sup> No original: “*They are participating. And since the loyalties of people, the ultimate actors in all social process, are increasingly transitive or transferable and the same individual may operate, at different times, through many different actors, it is all the more urgent to identify the range of key actors who have become competitors and collaborators of States and the various transformations and hybridizations which those actors often undergo in practice.*” (ênfase no original)

<sup>182</sup> LÂM atribui a oposição ao reconhecimento da autodeterminação ao nervosismo estatal quanto à emergência dos povos indígenas como um novo *locus* de subjetividade no direito internacional, o que envolveria o questionamento da validade do positivismo na ordem jurídica internacional. Ver LÂM, 2000, p. 172.

### 3.2 DEFININDO “INDÍGENA”: DILEMAS NA DEFINIÇÃO DE CATEGORIAS COLETIVAS NÃO-ESTATAIS NO DIREITO INTERNACIONAL

*‘What after all is this shifting, imprecise, and vague notion which we term a minority?’*

Essa pergunta foi feita pelo representante haitiano na Liga das Nações ainda quando vigente o sistema de minorias nessa extinta organização (MCKEAN, p. 24)<sup>183</sup>. O exemplo histórico serve para demonstrar a imensa dificuldade conceitual do direito internacional em lidar com coletividades que não sejam reconhecidas enquanto Estados. O direito internacional dispõe de poucas ferramentas conceituais a respeito de representações de coletividades humanas não-estatais e oferece instrumentos normativos frágeis para lidar com elas. Ainda fortemente vincado ao modelo estatocêntrico, o fenômeno “Estado”<sup>184</sup>, uma vez sendo o objeto de estudo por excelência do direito internacional, é a categoria político-jurídica preferida para designar uma determinada comunidade política. Contudo, não é a única referida em tratados internacionais atualmente vigentes.<sup>185</sup>

A situação normativa das cláusulas de proteção das minorias celebradas na época da Liga das Nações, conquanto não tenham sido expressamente revogadas pelos Estados concernentes, tornou-se virtualmente inoperante no plano internacional, tanto em razão da falência do sistema devido à eclosão da 2ª Guerra Mundial, como pela substituição de um sistema de proteção voltado aos indivíduos (MCKEAN, p. 46). O sistema onusiano substituiria o modelo de proteção de minorias pelo modelo de proteção internacional dos indivíduos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos

---

<sup>183</sup> Sobre o sistema de minorias, ver a seção 2.1.2 *supra*.

<sup>184</sup> Uma das razões dessa dificuldade do direito internacional em lidar com outras categorias que não o Estado decorre provavelmente de suas premissas liberais. Nessa perspectiva, as relações devem ser pensadas entre o Estado e o indivíduo-cidadão, sem a presença de outra entidade coletiva que promova essa intermediação. Sobre o tema, ver GLENN, 2011, p. 178-179.

<sup>185</sup> O principal foco dessa seção é a compreensão de coletividades humanas que se buscam organizar como grupos subnacionais, ou comunidades políticas dentro da comunidade política maior (o Estado). Portanto, não analisaremos o papel no direito internacional de certos tipos de representação legal de uma coletividade, como a empresa multinacional e as organizações não-governamentais, embora tais tipos de organizações têm exercido cada vez mais influência nas relações internacionais. Também excluída dessa investigação estão as organizações intergovernamentais, que não deixam de ser, em certa medida, coletividades constituídas por Estados para cumprimento de um mandato específico.

(DUDH) surge como o texto inspirador dessa nova concepção. É notável a ausência na DUDH de uma referência sequer à proteção de minorias culturais.

Contudo, tal como Lázaro de seu túmulo, o léxico “minorias” ressurge no direito internacional, no art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), celebrado em 1966 e com vigência iniciada em 1976. O seu renascimento se realiza, assim, por meio da inserção no regime de proteção internacional dos direitos humanos.

Desta vez, sem regular a condição de uma minoria dentro de um Estado específico, o art. 27 do PIDCP prevê aos indivíduos pertencentes a minorias, em uma cláusula geral, “o direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.” Porém, o PIDCP não definiu em que consistiria uma minoria. Além disso, esse dispositivo é muitas vezes lido como um direito conferido ao indivíduo enquanto parte integrante de uma minoria, e não um direito da minoria *qua* minoria.

Essa indeterminação quanto a uma categoria coletiva ocorre também em relação ao termo “povo”.<sup>186</sup> Contudo, de forma diversa da palavra “minorias”, o termo “povo” carrega em si um fortíssimo conteúdo político que, com certa carga simbólica, repercute e sensibiliza a comunidade internacional. Como vimos no capítulo anterior, a pretensão de uma coletividade em ser reconhecida como “povo” fundamenta-se na concepção de que, uma vez lhe garantida essa titulação, sua reivindicação para a obtenção de um *status* político próprio e autônomo se torna automaticamente legítima. Como aponta Hannum,

Estado e grupos não-estatais definem a si mesmos como povos ou nações, não porque esses termos são necessariamente descritivos ou porque eles contribuirão a um melhor entendimento de uma dada situação, mas sim porque se pensa que algumas consequências jurídicas fluirão a partir dessas designações. (HANNUM, 1994, p. 5)<sup>187</sup>

O direito internacional, assim como estudos promovidos pela ONU, oferecem

<sup>186</sup> Sobre a ausência de definição do termo “povo” no art. 1º do PIDCP, ver SCHEININ, 2005a, p. 10-11.

<sup>187</sup> No original: “State and non-state groups define themselves as peoples or nations, not because these terms are necessarily descriptive or because they will contribute to a better understanding of a given situation, but rather because certain legal consequences are thought to flow from such designations.”

uma diretriz conceitual de um grupo que pode ser categorizado como povo indígena.<sup>188</sup> Se o direito internacional oferece uma categoria geral em que se possa enquadrar diversas experiências sociais coletivas, e que esses grupos identificam entre si como grupos que compartilham traços em comum, pode-se afirmar que a indianidade se manifesta também como um fenômeno internacional, constituindo, segundo concebe A. Anaya uma “identidade indígena transnacional”<sup>189</sup>. (ANAYA, 2004, p. 57)

Além dos grupos descendentes dos povos originários do Novo Mundo – Américas e Oceania –, também têm sido identificadas como populações indígenas algumas comunidades na Índia (as denominadas “*Scheduled tribes*” na linguagem oficial), o povo Sami nos países escandinavos e diversos povos tradicionais na África e na Ásia.

A Convenção n.º 107 de 1957, da OIT<sup>190</sup>, que figura como o primeiro tratado internacional a lidar propriamente com os direitos do que denomina “populações tribais ou semitribais” consideradas como indígenas, oferece uma definição prática, para delimitar o seu campo de aplicação.

De acordo com o art. 1º da Convenção n.º 107:

1. A presente Convenção se aplica:

- a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial;
- b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

2. Para os fins da presente convenção, o termo “semitribal” abrange os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem

<sup>188</sup> Sobre tentativas antecedentes de definição de indígenas, principalmente sob o contexto da tese belga, ver LANGENHOVE, 1954, p. 22-27.

<sup>189</sup> No original: “*transnational indigenous identity*”.

<sup>190</sup> Analisamos tanto a Convenção 107 como sua sucessora, a 169, mais analiticamente na seção 3.3.1 *infra*. Nesse momento, nos ateremos exclusivamente aos conceitos legais oferecidos por esses tratados.

suas características tribais, não se achem ainda integrados na comunidade nacional.

3. As populações tribais ou semitribais mencionadas nos parágrafos 1º e 2º do presente artigo são designadas, nos artigos que se seguem, pela expressão “populações interessadas”.

Inicialmente, o conceito de uma “população indígena”, de acordo com essa Convenção, estaria presente na alínea ‘b’ de seu parágrafo primeiro. Nessa noção, aparece como referência forte a questão da descendência de populações originárias, isto é, prévia à conquista e colonização, que manteria ainda um estilo de vida similar à sua imemorial tradição cultural. Outro aspecto a ser ressaltado é que a Convenção n.º 107 de 1957 refere-se a “populações”, um termo que seria objeto de disputas e posteriormente rechaçado pelo movimento indigenista internacional.

A Convenção n.º 107 estabelece ainda uma distinção entre populações tribais ou semitribais consideradas como indígenas de outras populações tribais ou semitribais não-indígenas. Essa diferenciação será mantida em larga medida na Convenção n.º 169 de 1989 da OIT – embora sem referência a populações “semitribais” – mas, como veremos, perderá um pouco o sentido e tornará menos clara a partir da Declaração, que omite uma definição – ao menos expressa – do que se entende como “povo indígena”.

No período que transcorreu entre a Convenção n.º 107 de 1957 e a sua sucessora, a Convenção n.º 169, de 1989, foi elaborado o denominado Relatório Martinez Cobo no âmbito das Nações Unidas<sup>191</sup>. O Relatório Martinez Cobo teve como objetivo apontar as discriminações e os problemas enfrentados pelos povos indígenas, possuindo um viés mais político. Sua importância histórica se situa na abertura institucional que causou ao trazer a questão dos direitos dos povos indígenas para as Nações Unidas. Embora não se tenha constituído como um estudo propriamente de direito internacional, o Relatório Martinez Cobo apresentou uma definição básica de povos indígenas.

No Capítulo V desse relatório, o *rapporteur* examinou diversos elementos

<sup>191</sup> E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6. 20 june 1982. Study of the problem of discrimination against indigenous populations. United Nations Economic and Social Council. Commission on Human Rights. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. O Relatório Martínez-Cobo pode ser acessado em:

<http://undesadspd.org/IndigenousPeoples/LibraryDocuments/Mart%C3%ADnezCoboStudy.aspx>. Disponível em 09 jun 2014.

relacionados à definição de indígena, utilizando amplamente de um estudo comparado a partir da legislação e arranjos políticos de diversos Estados. No Capítulo XXII, que trata de “Propostas e Recomendações” finais ao Relatório, ele busca oferecer uma “*working definition*” de povos indígenas, ressaltando que isso se constitui em uma tarefa “extremamente complicada, difícil e delicada.”<sup>192</sup> No relatório, ele faz constar que se viu tentado a não oferecer uma definição, já que os principais aspectos teriam sido abordados por ele no Capítulo V do estudo. Contudo, entendeu que fazia parte de seu mandato oferecer algo, ainda que fosse uma “formulação puramente provisória”, para ser usado mais como “um ponto de partida, e para crítica e modificação na abordagem para definições mais precisas nas definições da minuta sobre o conceito de populações indígenas.”<sup>193</sup> Essa definição certamente sobreviveu mais tempo do que imaginava o seu autor, e segue sendo uma referência em estudos e políticas que buscam operacionalizar a implementação dos direitos estabelecidos em instrumentos internacionais.<sup>194</sup> É essa a definição – agora clássica – oferecida por Martínez Cobo em seu estudo:

Comunidades, povos e nações indígenas são aquelas que, possuindo uma continuidade histórica com sociedades pré-invasão e pré-coloniais que se desenvolveram em seus territórios, consideram-se distintas de outros setores das sociedades que agora prevalecem em seu território, ou partes dele. Elas formam, atualmente, setores não-dominantes da sociedade e estão determinadas a preservar, desenvolver e transmitir às futuras gerações seus territórios ancestrais, e sua identidade étnica, como a base para sua existência continuada enquanto povos, de acordo com seus padrões culturais, instituições sociais e sistemas legais.<sup>195</sup>

Já nesse estudo está presente a ideia de que a definição de povos indígenas deve

---

<sup>192</sup> Ver Relatório Martínez-Cobo, Capítulo XII, parágrafo 363.

<sup>193</sup> Ver Relatório Martínez-Cobo, Capítulo XII, parágrafo 365 e 366.

<sup>194</sup> Fazendo referência a essa definição, ver DAES, 2011b, p. 465.

<sup>195</sup> Relatório Martínez-Cobo, Capítulo XII, parágrafo 379. No original: “*Indigenous communities, peoples and nations are those which, having an historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.*”

se basear em critérios múltiplos<sup>196</sup>. A partir de então se passa a fazer referência a dois elementos para informar a definição de povos indígenas, os denominados elementos objetivo e subjetivo.

Com base no Relatório Martinez Cobo, SCHULTE-TENCKHOFF (2012) aponta quatro critérios para definir uma entidade político-legal como povo indígena: (a) são não dominantes em termos econômicos, políticos e socioculturais, sendo que a não dominação não precisa se refletir necessariamente em aspectos numéricos; (b) são descendentes dos habitantes originais de certo território; (c) foram vítimas de genocídio, conquista e colonização; (d) buscam preservar sua identidade indígena.<sup>197</sup>

SCHEININ (2005b) aponta as seguintes características: (a) distinção, no sentido de ser diferente e querer continuar sendo diferente; (b) perda de posse de suas terras, territórios e recursos; (c) possuem terras – que estão localizadas numa área geográfica específica – como um elemento central na história, identidade e cultura do grupo; (d) prioridade na área geográfica em que encontram suas terras; (e) ausência de controle político em relação ao Estado que exerce soberania sobre suas terras.<sup>198</sup>

Os elementos objetivo e subjetivo estariam expressos na Convenção n.º 169 da OIT, que atualiza e substitui a Convenção n. 107. Assim como sua predecessora, a Convenção 169 oferece uma definição do que agora admite como “povos indígenas”. Contudo, distintamente da Convenção n.º 107, destaca e confere certa proeminência ao critério subjetivo.

A Convenção n.º 169 assim define como povo indígena, em seu art. 1º:

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais

<sup>196</sup> Ver Relatório Martínez-Cobo, Capítulo V, parágrafos 236 e 239.

<sup>197</sup> Ver SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 69.

<sup>198</sup> Ver SCHEININ, 2005b, p. 3-4.



fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

A Convenção n.º 169 da OIT opta pela utilização do termo “povos indígenas e tribais”. Embora atribua direitos reconhecidos como relacionados, em larga medida, à ideia de autodeterminação, utiliza o que um estudo elaborado pela própria organização compreendeu ser uma cláusula de ressalva em seu art. 1 (3) (OIT, 2009).

Como aponta SOUZA FILHO a respeito da resistência em se utilizar o termo “povos”,

Aliás, repugna ao poder público, aos juristas de uma forma geral, aos Tribunais chamar as terras indígenas de território, tanto quanto chamá-los de povos. Estas duas palavras, povo e território, somadas a soberania, tem o som de tambores belicosos, de guerra de libertação, e insurreição e de independência e, por isso, sofre imediata e irracional repulsa de todos os setores que se dizem nacionalistas, especialmente militares.” (SOUZA FILHO, 2011, p. 69)

BURGUER (2011, p. 44) afirma que, em realidade, a Convenção n.º 169 não afirma nem nega o direito dos povos indígenas à autodeterminação, apenas considera o tema de caráter político, devolvendo a questão para ser examinada pela própria Nações Unidas e considerando a OIT como foro impróprio para decisão a respeito de tão melindroso tema. SCHEININ (2005, p. 7) argumenta ainda que essa ressalva tem como objetivo apresentar um critério mais amplo e inclusivo para povos indígenas e tribais. Isso faria com que a Convenção fosse aplicável a diversas minorias e grupos que não se qualificariam como “povos” no direito internacional.

A definição apresentada pela Convenção n.º 169 guarda forte similaridade com a Convenção n.º 107. Contudo, ao eleger agora a “consciência de sua identidade

indígena ou tribal” – o denominado elemento subjetivo – como um “critério fundamental” para definição de povos indígenas, nos termos desse tratado, afasta de sua predecessora e se sintoniza com concepções mais contemporâneas a respeito do conceito de indígena.<sup>199</sup> Desse modo, tanto o Relatório Martinez Cobo como a Convenção n.º 169 adotam uma definição de povo indígena que pode ser vista através de dois elementos, o objetivo e o subjetivo.<sup>200</sup>

Essa definição de povos indígenas guarda correspondência com propostas conceituais apresentadas pela teoria da etnicidade, campo de estudo da antropologia. De acordo com BRASS (1996), há três maneiras de se identificar um grupo étnico. Eles são, basicamente, por meio de: i) atributos objetivos; ii) referência a sentimentos subjetivos; iii) relação ao comportamento.

O critério objetivo, ainda que admita que nenhum atributo específico esteja invariavelmente associado a todas as categorias étnicas, aponta que deve haver algum marcador cultural que separa um grupo de pessoas de outro grupo, podendo esse traço cultural se relacionar à língua, território, religião, cor, hábito alimentar, vestimentas, ou qualquer uma dessas características. BRASS (1996) afirma que esse critério encontra grandes dificuldades para determinar as fronteiras de categorias étnicas, o que, para esse presente estudo, seria identificar as fronteiras entre o indígena e o não-indígena no direito internacional.

BRASS (1996) aponta ainda que as definições pautadas em comportamento acabam por ser, ao fim e ao cabo, objetivas, uma vez que assumem existir maneiras concretas nas quais os grupos étnicos comportam diante de determinada situação, particularmente em interação com outros grupos.

Em suma, o elemento objetivo consiste em manifestações culturais ou históricas que permitem distinguir determinado povo indígena, isto é, decorre de explícitas práticas sociais, econômicas, culturais e políticas de caráter próprio, distintas em relação à sociedade dominante. Entre os critérios objetivos considerados para a compreensão de um grupo como povo indígena se encontra a ligação comum a um território tradicional e seus recursos, etnicidade, uma distinção cultural que a comunidade indígena busca

---

<sup>199</sup> Como aponta guia elaborado pela própria OIT a respeito da Convenção n. 169: “*La cobertura del Convenio se basa en una combinación de criterios objetivos y subjetivos. Por lo tanto, la autoidentificación se complementa con los criterios objetivos, y viceversa.*” OIT, 2009, p. 10.

<sup>200</sup> Ver também sobre o critério objetivo e subjetivo HANNUM, 1994, p.31.

preservar e reproduzir – incluindo língua e história – e uma vulnerabilidade em relação à sociedade dominante.<sup>201</sup>

Para ANAYA (2004), o termo “indígena”, ou termos similares como “nativo” ou “aborígene”, tem sido utilizado como referência a uma parte da humanidade que representa certo conjunto de experiências enraizadas na subjugação decorrente do colonialismo, ou práticas assemelhadas ao colonialismo.

O uso da cultura como elemento objetivo apresenta alguns riscos. Além do risco de reificação ou essencialização da cultura – isto é, transformar a cultura em um objeto e um elemento estático e rígido, a ser protegido a qualquer custo – ela também traz a possibilidade de que os direitos indígenas sejam tratados apenas como direito das minorias, tema tratado no próximo item. Assim, para SCHULTE-TENCKHOFF, “o reconhecimento dos direitos culturais surgem como o preço do direito à autodeterminação compreendido como um direito do grupo.”<sup>202</sup> (SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 67)

O elemento subjetivo consiste na própria percepção da coletividade enquanto povo indígena. No Relatório Martinez Cobo, esse critério foi definido como “consciência de grupo”, o que enfatizaria o fato de que o indivíduo ou grupo considera-se como “indígena”, ou que a comunidade em que o indivíduo ou grupo vive os considera como “indígenas”, ou alternativamente há uma combinação de considerações pessoais e comunitárias que fazem com que indivíduo ou grupo sejam qualificados como indígenas.<sup>203</sup>

De acordo com esse Relatório, o ponto fundamental deve ser que as populações indígenas sejam reconhecidas de acordo com a concepção de si próprios em relação a outros grupos. Desse modo, deve-se afastar a possibilidade de defini-los apenas a partir da percepção de outros grupos, através de valores de sociedades estranhas ou de setores dominantes em tais sociedades. Para Martinez Cobo, isso preservaria para essas

---

<sup>201</sup> Ver LÂM, 2009, p. 600-601; SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 75. Para aplicação do critério objetivo pela própria OIT, ver os comentários do CEACR sobre as comunidades negras colombianas de Curbaradó e Jiguamiandó. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations – International Labour Conference, 95th Session, 2006. Comentários sobre o relatório da Colômbia, parágrafo 4.

<sup>202</sup> No original: “*In this manner, the recognition of cultural rights comes at the price of the right of self-determination understood as a group right.*”

<sup>203</sup> Ver Relatório Martínez-Cobo, Capítulo V, parágrafos 210 e 211.

comunidades o direito e poder soberano de decidir quem pertence a elas, sem interferência externa.<sup>204</sup>

Por outro lado, de acordo com BRASS (1996), o critério subjetivo traria a indesejável consequência de tornar impossível a resposta ao questionamento de como o grupo alcançou a autoconsciência subjetiva em primeiro lugar.

A Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas é silente quanto a qualquer definição expressa de povos indígenas. Isso se justifica pela resistência do movimento indígena internacional, durante as negociações da Declaração, em aceitar a indicação de uma categoria fechada a respeito do que deva ser considerado um povo indígena.<sup>205</sup> De acordo com essa visão, oferecer uma definição correria o risco de negar o *status* de povo indígena a outros grupos que não se encaixem perfeitamente numa categoria. Essa possibilidade, nessa perspectiva, contrariaria o próprio espírito da Declaração. Soma-se a isso o fato de que as Nações Unidas, como organização internacional de caráter universal, trabalha com categorias conceituais universais ou universalizáveis (ex: Estado, direitos humanos, etc.) e, daí, os riscos de uma definição que inclua menos do que deveria.

O critério subjetivo é, certamente, um dos principais focos de disputa. Entendido de maneira estrita, significaria atribuir somente à coletividade interessada a determinação se ela se constitui enquanto povo indígena. Desse modo, caberia exclusivamente ao próprio grupo a decisão de sua qualificação como “povo indígena”.

Contudo, entender desse modo poderia implicar grande instabilidade desde a perspectiva do direito. A qualificação de um grupo como povo indígena não possui apenas um caráter de afirmação identitária, ainda que esse seja um aspecto relevante dela. Dessa qualificação, deflui uma série de direitos das mais variadas ordens, desde o

---

<sup>204</sup> Ver Relatório Martínez-Cobo, Capítulo XII, parágrafo 368 e 383. Sobre o critério subjetivo, ver também SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 75.

<sup>205</sup> Como aponta LÂM, os povos indígenas resistem a qualquer tentativa dos Estados em definir o que se entende por “povos indígenas”, pois isso poderia potencialmente excluir alguns deles dos benefícios que um instrumento internacional de direitos conferiria (LÂM, 2000, p. 135), fazendo com que prefiram uma descrição mais flexível a definições legais rígidas (LÂM, 2009, p. 599). LÂM aponta que, de acordo com os indígenas participantes da discussão da Declaração, “...a premature definition was bound to be over- or under-inclusive, divisive, and also restrictive of the space that states and indigenous peoples need, within the framework of the Cobo criteria, to negotiate their own local or regional understandings of the term ‘indigenous peoples’.” (LÂM, 2009, p. 604). Ver também DAES, 2011b, p. 466. Sobre os riscos de se recair em estruturas hegemônicas de poder contemporâneas ao se definir qual grupo é indígena e qual não é, ver WATERS, 2005, p. 196. Sobre os inconvenientes e divisões a respeito da definição, ver ILA, 2008, p. 6.

reconhecimento ao grupo de certos direitos dominiais sobre uma parcela territorial de um Estado e do usufruto dos recursos disponíveis até direitos especiais em relação à educação, saúde e mesmo aspectos de justiça criminal.

Permitir que um grupo pudesse se autoproclamar indígena, sem possibilidade alguma de revisão, controle ou contestação, seria abrir brechas para uma instabilidade do direito, com reflexos sociais manifestos.

O direito internacional não parece autorizar reivindicações de exclusividade quanto às definições identitárias. O art. 1º da Convenção n.º 169 aponta que o elemento subjetivo deve ser um “critério fundamental”, mas não um critério exclusivo e único.

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, instituído pela Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotou a Recomendação Geral n.º 8<sup>206</sup>, relacionada à identificação de um indivíduo pertencente a grupo racial ou étnico. Essa aplicação relaciona-se à identificação individual, mas sua lógica pode ser também aplicada para identificação de um grupo. De acordo com essa Recomendação, a identificação de pertencimento a um grupo racial ou étnico deve, se não existir uma justificativa em sentido contrário, ser feita pelo próprio indivíduo. Desse modo, é possível que não se aceite a qualificação dada pelo próprio grupo, desde que feita motivadamente.

A Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), órgão judicial da Liga das Nações e antecessora à atual Corte Internacional de Justiça, se manifestou a respeito da relação entre critérios objetivos e subjetivos no caso *Rights of Minorities of Upper Silesia (Minority Schools)*<sup>207</sup>. Ainda que fora do contexto indígena, a *ratio decidendi* dessa decisão pode ser transposta, com as devidas mediações, para identificação de grupos indígenas.

O caso envolvia o direito de um indivíduo se declarar como membro pertencente a uma minoria para fins de matricular uma criança em uma escola cuja língua de instrução principal era minoritária. Embora não se tratasse de uma coletividade pleiteando ser enquadrada como minoria, ele toca em questões caras aos critérios objetivos e subjetivos.

---

<sup>206</sup> General Recommendation VIII concerning the interpretation and application of article 1, paragraphs 1 and 4, of the Convention. 884<sup>th</sup> meeting. 21 august 1990.

<sup>207</sup> Permanent Court of International Justice (PCIJ). *Rights of Minorities of Upper Silesia (Minority Schools)*. Series A. n. 15. 26 abril 1928.

Em específico, o governo da Polônia na região da Alta Silésia havia adotado medidas para impedir matrículas de crianças que alegavam pertencer à minoria alemã, mas que não dominavam a língua alemã nas denominadas escolas de minorias, isto é, escolas em que a língua de instrução das crianças corresponderia à língua de certa minoria. A Alemanha, como representante das minorias, havia contestado essa medida pelo governo polonês, alegando que, nos termos de um tratado celebrado entre a Polônia e a Alemanha, o direito de se definir como minoria – no caso, alemã – para fins de matrícula numa escola de minorias caberia exclusivamente ao indivíduo, ou seja, à expressão subjetiva do interesse do indivíduo, não sujeita à impugnação ou verificação das autoridades.

O Estado Polonês, em contraposição, afirmava que definir se uma pessoa pertencia ou não a uma minoria era uma questão de fato, e não de intenção, e que seria esse o sentido do tratado vigente entre a Polônia e a Alemanha.

A CPJI concordou com o governo polonês quanto ao fato de a Declaração se tratar de uma declaração de fato, e não apenas de intenção, ou subjetiva. Contudo, ao mesmo tempo, utilizando-se dos termos do Tratado de Minorias que analisava, entendeu que a Declaração não poderia ser contestada, e que esse risco teria sido assumido pelas partes justamente para evitar as desvantagens e questões relacionadas no caso de surgimento de uma disputa. A Corte não desconsiderou o fato de que há um certo elemento subjetivo na apreciação de fato relacionada à língua, mas manteve que a declaração a respeito da língua, para fins de matrícula em uma escola minoritária, deveria ser respeitada.

Essa posição da Corte – de que, naquele caso, a Declaração de pertencer a uma minoria era uma questão de fato, mas que não poderia ser disputada pela outra parte (*in casu*, o governo polonês) – parece conduzir a um resultado estranho, que não passou despercebido no voto dissidente do Juiz Nyholm:

Parece haver uma contradição em termos. Uma declaração *que não pode ser impugnada ou verificada* torna-se totalmente incontestável. Tal declaração não poderia ser limitada pelas regras de direito. O requerimento segundo o qual a declaração deve corresponder exatamente aos fatos é apenas um desejo virtuoso mas quaisquer limitações relacionadas à sua sinceridade advêm apenas de uma esfera *moral*. Uma vez que a declaração não pode ser examinada e que todas as objeções ou impugnações em relação a ela estão excluídas, o declarante não

está sujeito, em realidade, a nenhuma obrigação legal e a declaração deve ser tomada em seus termos. Consequentemente, o declarante poderá, em seu livre arbítrio, produzir uma declaração sem considerar se ela corresponde ao estado real das coisas.<sup>208</sup> (tradução nossa – grifo no original)

De destaque, o fato que a CPJI entendeu que a qualificação de uma minoria deve repousar em critérios objetivos (embora com uma inevitável infiltração do critério subjetivo). Ainda que o tenha feito a partir da análise de um tratado específico, suas conclusões parecem parcialmente aplicáveis ao direito internacional contemporâneo.

Entendemos que o conceito de indígena é um conceito relacional, e não meramente um conceito autorreferencial. Dito de outro modo, a definição de um grupo como indígena deve repousar em um diálogo intersubjetivo entre esse grupo e a comunidade política em que se insere.<sup>209</sup>

Sobre a autoconsciência de um grupo, HOSBAWN afirma, em um sentido que pode ser transposto para a definição de povos indígenas, que “...definir uma nação pela consciência que têm seus membros de a ela pertencer é tautológica e fornece apenas um guia *a posteriori* sobre o que é uma nação.”. Uma concepção dessa magnitude poderia conduzir aos riscos do extremo voluntarismo, pois “...tudo o que é necessário para criar ou recriar uma nação é a vontade de sê-la.” (HOSBAWN, 1990, p. 17)<sup>210</sup>

Porém, a maneira como essa supervisão da definição de um grupo indígena será realizada deve contar com a participação do próprio grupo afetado, bem como ser disciplinada de maneira a impedir que o reconhecimento seja feito exclusivamente pelo grupo majoritário que tem controle do Estado, sob o risco de minar ou anular o próprio critério subjetivo, que tinha como finalidade justamente evitar tais arbitrariedades em

---

<sup>208</sup> No original: “There appears here to be a contradiction in terms. A declaration **which cannot be disputed or verified** is entirely unimpeachable. Such a declaration cannot be limited by rules of law. The requirement according to which the declaration must correspond exactly to the facts is only a pious wish and any limitations as regards its sincerity come solely within a **moral** sphere. Since the declaration cannot be examined and since all objections or disputes in regard to it are excluded, the declarer is not subject to a legal obligation and the declaration must be taken as it stands. Consequently, the maker of the declaration may of his own free will make a declaration without considering whether it corresponds to the actual state of affairs.”

<sup>209</sup> Dessa forma, o reconhecimento de um “povo indígena”, se assemelharia ao reconhecimento da “estatalidade” no âmbito internacional. Para CRAVEN (2014, p. 215), a “estatalidade” possui um aspecto relacional.

<sup>210</sup> Sobre a crítica à definição objetiva e subjetiva aplicadas ao conceito de nação, que pode ser, *mutatis mutandis*, transpostas para a ideia de povo, ver HOSBAWN, 1990, p. 14-18.

primeiro lugar.<sup>211</sup>

Entre aqueles termos antes utilizados para se referir a indígenas, está em franco desuso a aplicação do vocábulo “populações” para designá-los. Embora presente na Convenção n.º 107 da OIT e, em certa medida, mesmo no Relatório Martinez Cobo, o termo “populações indígenas” não consta mais na Convenção n.º 169 da OIT e nem na Declaração. Durante as negociações da Declaração, LÂM noticia que, inicialmente, o uso do termo “populações” foi proposto pelos representantes dos Estados, mas repudiado pelos participantes indígenas durante as discussões, pois sua aplicação os reduziria a meros agrupamentos estatísticos.<sup>212</sup>

Disputas não recaem apenas a respeito se são “povos” ou “populações”. Isso revela-se ainda mais agudo no que NIEZEN (2003) denominou de “a Batalha do ‘s’”: isto é, estaríamos diante de “pessoas indígenas” ou “povos indígenas”?<sup>213</sup> Adotar a primeira opção significaria admitir dentro de “pessoas indígenas” toda a pluralidade de indígenas existentes desde uma perspectiva precipuamente individual. Por outro lado, aceitar “povos indígenas” como ideia significaria abrir espaço às plúrimas possibilidades culturais, tratando cada grupo como um “povo” próprio, com suas características e especificidades.

Também controverso foi o nome dado ao que talvez seja atualmente o principal órgão que lida com temáticas indígenas no âmbito da ONU. A denominação desse órgão

---

<sup>211</sup> Uma interessante abordagem parece ser aquela adotada pelo CEACR – órgão da OIT responsável pelo monitoramento da Convenção n.º 169. Em caso envolvendo as comunidades quilombolas, após indicar que essas comunidades pareciam se enquadrar nos requisitos do art. 1º da Convenção, esse Comitê requereu ao governo que, caso considerasse que essas comunidades não constituíssem povos tribais no âmbito da Convenção, o Estado deveria oferecer as razões de seu entendimento. Report CEACR – ILC, 98th Session, 2009. Comentários sobre o Brasil. Desse modo, o que o Comitê fez foi atribuir ao Estado que nega a qualificação reivindicada por um povo que se quer ver abrangido pela Convenção o ônus de provar sua não aplicação. No caso, isso nem foi necessário, pois o Estado brasileiro logo concordou que os quilombolas se enquadram na definição de “povos tribais” da Convenção n. 169: “The Committee welcomes the Government’s acknowledgement that the Convention applies in full to the Quilombola communities and in its report sends extensive and detailed information on programmes and policies intended to safeguard the cultural, social and economic integrity of these peoples.” Report CEACR – ILC, 101th Session, 2012.

<sup>212</sup> Ver LÂM, 2009, p. 603.

<sup>213</sup> A “batalha do S” possui mais sentido quando compreendida a distinção entre “people” e “peoples” dentro do idioma inglês. “People” pode ser utilizado como mera referência a “pessoas”, isto é, coletivo de indivíduos que não necessariamente compartilham qualquer relação cultural entre si. Já “peoples” se referirá certamente a um conjunto de povos que possuem elementos comuns e que se reúnem para um propósito político convergente. Basta recordarmos da abertura do preâmbulo da Carta da ONU, em inglês: “We the peoples of the United Nations...”



como “Fórum Permanente para Questões Indígenas” levantou igualmente discussão. Em uma das sessões, diante do fato de que diversos Estados apontaram que não aceitariam a palavra “povos” no nome desse fórum, alguns delegados indígenas elevaram placas, com letras destacadas, em que afirmavam “NÓS SOMOS POVOS, NÃO QUESTÕES.”<sup>214</sup>

Outro conceito que se apresenta irmão, embora com pouca referência em instrumentos internacionais, é a ideia de “nação” e sua relação com “povo indígena”. Ainda que tenha permeado a escola italiana de direito internacional no século XIX (BIAZI, 2014) e que o principal organismo intergovernamental da atualidade, a Organização das Nações Unidas, use esse termo na sua denominação, contemporaneamente, essa distinção possui mais relevância sob uma perspectiva da teoria sociológica e antropológica e é pouco mencionada no discurso internacionalista. Contudo, importa fazermos algumas considerações a respeito dessa relação.<sup>215</sup>

De acordo com HOBBSAWN, “Ela [a nação] é uma entidade social apenas quando relacionada a uma certa forma de Estado territorial moderno, o ‘Estado-nação’; e não faz sentido discutir nação e nacionalidade fora dessa relação.” (HOBBSAWN, 1990, p. 19)

Dessa forma, a ideia de nação está estritamente vinculada à ideia de um povo que se busca constituir enquanto um novo Estado. Como vimos, o que o direito internacional tenta agora fazer é desvincular as variáveis da equação nação = Estado = povo<sup>216</sup>, fazendo com que um povo – o povo indígena, no caso – não necessariamente corresponda um Estado, embora possam ser percebidos enquanto povo.

Outro termo que pode ter alguma relação com os povos indígenas é a ideia de “povos/comunidades/sociedades tradicionais” como termo genérico, em que os povos indígenas seriam apenas um dos grupos por ela albergados. Desconhecemos a aplicação

---

<sup>214</sup> Esse fato é noticiado em NIEZEN, 2003, p. 164. Nessa mesma oportunidade, um representante indígena teria afirmado sobre o nome do fórum: “É uma vergonha que os governos não podem reconhecer os povos indígenas do mundo enquanto tais. Nós somos povos, não questões. Questões podem até ir embora, mas povos não.” O Fórum Permanente sobre Questões Indígenas será analisado no item 2.3.3.2, abaixo.

<sup>215</sup> É curioso que alguns povos indígenas se associam à ideia de se constituírem como nações. Exemplo mais evidente provém do Canadá, em que os descendentes indígenas se intitulam – e são assim considerados – como “*First Nations*”, isto é, as Primeiras Nações a ocuparem o território canadense, utilizado em substituição ao por vezes reputado pejorativo termo “aborígene”.

<sup>216</sup> A equação é apresentada por HOBBSAWN, 1990, p. 32.

desse conceito no âmbito do direito internacional, embora no direito brasileiro existam referências à sua utilização.<sup>217</sup>

### 3.2.1. *Os povos indígenas versus minorias*

“Populações”, “pessoas”, “povo”, “povos”, “nação”. Não bastasse a disputa por um desses termos<sup>218</sup>, outro ponto de controvérsia seria a distinção entre “povos indígenas” e “minorias”<sup>219</sup>. Colocado em forma de pergunta, seriam os povos indígenas também qualificados como minorias, do ponto de vista do direito internacional? Qual a distinção entre povo indígena e minoria? A resposta a ser dada a essa questão, longe de ser uma mera elucubração teórica, possui evidente repercussão prática, pois, diante do direito internacional contemporâneo, na medida em que se define um povo indígena como minoria, pode se encurtar ou expandir seus direitos e espaços de participação e, vice-versa, definir uma minoria como povo indígena significa possivelmente ampliar e estender os direitos a elas conferidos. Para os fins desse trabalho, restaria ainda perguntar se os direitos de participação também são atribuídos às minorias, ou apenas aos povos indígenas.

Como apontamos, o principal tratado internacional que se refere às “minorias” é o PIDCP, em seu art. 27. Em dezembro de 1992, a Assembleia-Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração sobre o Direito de Pessoas pertencentes a Minorias

<sup>217</sup> Por exemplo, o Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, define povos e comunidades tradicionais como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.” Aplicado ao contexto brasileiro, essa noção possui evidente importância prática, pois permite uma política pública diferenciada não apenas em relação aos povos indígenas, mas também a outros grupos humanos que possuem relações especiais com os territórios ocupados, como comunidades quilombolas e ribeirinhas.

<sup>218</sup> A pluralidade quase infinita de termos segue em expansão. Ver, por exemplo, referência do Comitê sobre Eliminação da Discriminação Racial sobre “grupos étnicos que vivem em florestas”, quando da revisão periódica do relatório da Tailândia CERD/C/THA/CO/1-3. Parágrafo 16.

<sup>219</sup> Deve-se destacar que “minorias” são distintamente consideradas de “povos”. Aureliu Christescu, em estudo preparado no âmbito da Subcomissão sobre Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias (ECOSOC, E/CN.4/Sub.2/404/Rev. 1), parágrafo 279, assim estipulou: “Um povo não deve ser confundido com minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, cuja existência e direitos são reconhecidos no artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.” No original: “*A people should not be confused with ethnic, religious or linguistic minorities, whose existence and rights are recognized in article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights*”.

Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas.<sup>220</sup> Em nenhum desses instrumentos há uma definição precisa a respeito do que seriam “minorias”.

De acordo com HANNUM, minoria seria um “grupo numericamente inferior, não-dominante, distinguido por atributos compartilhados de caráter étnico, racial, religioso ou linguístico.”<sup>221</sup> (HANNUM, 1996, p. 51)

O tratamento das minorias também foi abordado no caso das Ilhas Aaland, ainda que simplesmente para negar qualquer possibilidade de exercício de um direito de secessão como decorrência de se qualificar um grupo como minoria.<sup>222</sup> No entreguerras, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) foi provocada a se manifestar sobre diversos casos envolvendo os tratados de minorias, correntes à época.<sup>223</sup> Relevante para esse estudo, deve-se destacar as tentativas da CPJI em oferecer uma definição funcional do que viria a se constituir uma minoria e sua relação com a população majoritária.

O caso *Greco-Bulgarian Communities* [(1930) PCIJ Reports, Serie B, No 17, 4] surge como um importante aresto da Corte Mundial na conceituação de minoria. Nesse caso, a CPJI analisou a Convenção Greco-búlgara de 27 de novembro de 1919, que tratava da emigração voluntária e recíproca das minorias grega e búlgara. Para se referir às minorias, essa Convenção usava como referência o termo “comunidade”. E a CPJI, aplicando esse conceito para a solução do caso, entendeu se tratar a comunidade de um “caráter exclusivamente minoritário” (*exclusively minority character*) e declarou que

a ‘comunidade’ é um grupo de pessoas habitando em um determinado país ou localidade, possuindo uma raça, religião, linguagem e tradições em um sentimento de solidariedade, com a perspectiva de preservar suas tradições, mantendo sua forma de religião, garantindo a instrução e desenvolvimento de seus filhos de acordo com o espírito e as tradições de sua raça e oferecendo assistência mútua a cada um.<sup>224</sup>

<sup>220</sup> Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities. A/RES/47/135. 92nd plenary meeting. 18 December 1992

<sup>221</sup> No original: “numerically smaller, non-dominant group distinguished by shared ethnic, racial, religious, or linguistic attributes”.

<sup>222</sup> Ver a seção 2.1.2. *supra*.

<sup>223</sup> MUSGRAVE aponta que a CPJI lidou com oito casos envolvendo tratados de minorias. (MUSGRAVE, 1997, p. 48). Considerando que a CPJI, durante sua existência, examinou 63 casos – tanto de natureza contenciosa como consultiva –, pode-se perceber que o ciclo de casos de minorias representou uma carga de trabalho significativa dessa Corte durante sua breve existência.

<sup>224</sup> *Apud* MUSGRAVE, 1997, p. 52. No original: “the ‘community’ is a group of persons living in a given

De acordo com MUSGRAVE, nesse caso, a Corte deveria determinar quem pertenceria a uma minoria. E, como reflete esse autor – reflexão que articula a ideia dos critérios objetivo e subjetivo também em relação à minoria – o pertencimento a uma minoria seria determinado apenas pela presença de elementos objetivos (raça, religião, língua, entre outros) ou envolveria também a vontade individual?<sup>225</sup>

Ainda, para SCHULTE-TENCKHOFF, dois traços devem ser extraídos do conceito de minorias: minorias não existem como tais, mas apenas em relação a outras entidades coletivas, em uma constelação de relações de poder específicas, e a necessidade de uma multiplicidade de qualificadores (nacional, cultural, linguístico, religioso, etc.) aponta a dificuldade de indicação das características específicas das minorias.<sup>226</sup> ERIKSEN (2010) também concebe as minorias como um grupo que é numericamente inferior ao resto da população na sociedade, que é não-dominante politicamente e que é reproduzida como um grupo ou categoria étnica. THORNBERRY (2011) também entende em linhas similares, contudo dando mais ênfase ao caráter não-dominante do que à questão da maioria numérica.

Se minorias podem ser consideradas como “grupo numericamente inferior e não-dominante”, que possui “uma raça, religião, linguagem e tradições em um sentimento de solidariedade, com a perspectiva de preservar suas tradições”, não compartilhariam também os povos indígenas dessas características? Dito de outro modo, não seriam também considerados como minorias?

Essa questão não é simples, e na tentativa de oferecer alguma proteção aos povos indígenas, o Comitê de Direitos Humanos (doravante, CDH), órgão de tratado (*treaty-body*) constituído pelo PIDCP, desenvolveu sua jurisprudência em relação ao art. 27, que trata das minorias, principalmente analisando casos onde estava em pauta, efetivamente, a questão de direitos indígenas. Diante da importância desse *corpus* jurisprudencial, é necessário fazer referência, ainda que breve, a alguns casos tratados

---

*country or locality, having a race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, ensuring the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and rendering mutual assistance to each other.”*

<sup>225</sup> Ver MUSGRAVE, 1997, p. 52. “Was membership of a minority determined solely by the presence of certain objective elements, such as race, religion, and language, or did it also involve the subjective element of the individual’s will?”

<sup>226</sup> Ver SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 68-69.

pelo Comitê a partir das comunicações individuais previstas no Protocolo facultativo ao PIDCP e as tensões com a relação entre povo e minoria.<sup>227</sup>

O CDH é responsável pelo monitoramento e supervisão do cumprimento do PIDCP pelos Estados partes. Ele é composto por dezoito membros especialistas, que são eleitos pelos Estados, mas não os representam. O Comitê se reúne três vezes por ano em sessões que duram quatro semanas. Durante esse período, o Comitê analisa tanto os relatórios periódicos gerais encaminhados pelos Estados a respeito da situação dos direitos previstos no PIDCP em seus países como recebe comunicações individuais fundamentadas no Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP. É a partir do julgamento dessas comunicações individuais que o CDH apresenta os entendimentos sobre a relação entre indígenas, minorias e povos, que passamos a examinar.

Um dos primeiros casos envolvendo direitos de povos indígenas julgado pelo CDH foi o caso *Sandra Lovelace v. Canada*.<sup>228</sup> Sandra Lovelace nasceu no Canadá e foi registrada como “Índia Maliseet”. Contudo, após se casar com um não-índio, perdeu seus direitos e *status* que gozava enquanto indígena, como determinava a lei canadense vigente à época. Posteriormente, ela se divorciou e pretendeu voltar a residir na reserva de que era originária para viver com seus pais. Todavia, por ter perdido seu *status* indígena, a ela foi negado o direito de adquirir uma residência na reserva, já que o conselho indígena local priorizava membros do grupo, com fundamento no direito indígena canadense. Ela considerou isso uma violação de seus direitos humanos, pois a separava de sua comunidade e dos membros de sua família.

Ela alegou que a lei canadense era discriminatória em relação ao sexo, já que o homem indígena que casasse com uma não-indígena poderia reter sua identidade indígena e os direitos decorrentes, enquanto a mulher perdia sua qualificação indígena, e alegou violação a dispositivos do PIDCP, em especial aos arts. 2 (1), 3, 23 (1) e (4), 26 e 27.

Ao apreciar o caso, o CDH considerou que “apesar de um número de dispositivos do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, RSL] ter sido invocados por Sandra Lovelace, o Comitê considera que aquele mais diretamente

---

<sup>227</sup> O papel do Comitê de Direitos Humanos no desenvolvimento da proteção dos povos indígenas será analisado mais pormenorizadamente na seção 3.3.2.1 *infra*.

<sup>228</sup> Human Rights Committee. CCPR/C/13/D/24/1977. 30 July 1981. Communication n. 24/1977: Canada 30/07/81.

aplicável a essa reclamação é o artigo 27...” E continua:

Pessoas que nasceram e cresceram em reservas que mantiveram laços com sua comunidade e desejam manter esses laços devem normalmente ser consideradas como pertencentes a essa minoria dentro do sentido do Pacto. Uma vez que Sandra Lovelace é etnicamente uma Índia Maliseet e apenas se tornou ausente da reserva por alguns poucos anos enquanto existente o seu casamento, ela está, na opinião do Comitê, legitimada a ser considerada como “pertencente” a essa minoria e reivindicar os benefícios do artigo 27 do Pacto. A questão a respeito da negativa desses benefícios a ela depende de sua extensão.<sup>229</sup>

A partir dessa jurisprudência, o art. 27 do PIDCP seria utilizado pelo Comitê para decidir uma série de casos envolvendo direitos indígenas, inclusive quanto a direitos territoriais e direitos de caráter econômico. Disso decorre que os direitos indígenas foram tratados, na prática do Comitê, como direitos de minorias.

Porém, o drama se desenrola a partir do momento em que os povos indígenas passaram a submeter demandas ao CDH com base no art. 1º do PIDCP, que, como vimos na seção 2.1.3.1, estabelece nesse tratado o direito à autodeterminação dos povos. Assim, demandas começaram a chegar ao CDH em que os povos indígenas pretenderam se afirmar enquanto povos, e não como indivíduos pertencentes às minorias.

O CDH adotou uma posição a respeito de direitos de natureza coletiva a ele submetidos, cujo resultado foi a paralisação de demandas de natureza coletiva e tangencialmente dispensando a análise de determinada coletividade indígena como “povo”. Os arts. 1º e 2º do Protocolo Facultativo ao PIDCP autorizam somente indivíduos a submeterem uma comunicação ao Comitê de Direitos Humanos. Com base nesse artigo, o Comitê, desde o caso do *Grande Conselho da sociedade tribal Mikmaq*

---

<sup>229</sup> No original: “Although a number of provisions of the Covenant have been invoked by Sandra Lovelace, the Committee considers that the one which is most directly applicable to this complaint is article 27, which reads as follows: (...) Persons who are born and brought up on a reserve who have kept ties with their community and wish to maintain these ties must normally be considered as belonging to that minority within the meaning of the Covenant. Since Sandra Lovelace is ethnically a Maliseet Indian and has only been absent from her home reserve for a few years during the existence of her marriage, she is, in the opinion of the Committee, entitled to be regarded as ‘belonging’ to this minority and to claim the benefits of article 27 of the Covenant. The question whether these benefits have been denied to her, depends on how far they extend.”

v. *Canadá*<sup>230</sup>, tem reiteradamente inadmitido comunicações feitas com fundamento no art. 1º do PIDCP, que assegura o direito à autodeterminação dos povos.

O povo indígena Mikmaq não havia sido convidado para participar de conferências realizadas pelo governo canadense, na figura do Primeiro-Ministro, com outros povos indígenas, com o objetivo de implementar a Constituição canadense de 1982 no que se refere aos direitos aborígenes. Por considerarem a participação nessas “conferências constitucionais” como essencial à realização do seu direito à autodeterminação, os líderes Mikmaq, numa espécie de litisconsórcio ativo, submeteram uma comunicação ao Comitê, ao argumento de violação ao art. 1º do PIDCP. Em sua defesa, o Canadá alegou, entre outros fundamentos, que o direito à autodeterminação seria um direito coletivo, e, portanto, não estaria disponível ao exercício individual, nos termos do Protocolo Facultativo. A autodeterminação dos povos seria apenas um pano de fundo (*contextual background*) para o exercício dos direitos humanos individuais, de natureza estrutural e não sujeito à alegação de violação ao PIDCP. Assim, o caso não poderia sequer ser admitido pelo Comitê.

Embora tenha reconhecido a importância do direito à autodeterminação dos povos para a proteção dos direitos individuais, o Comitê concluiu que o art. 1º do PIDCP não pode ser “invocado por indivíduos, nem por povos nos termos do Protocolo”<sup>231</sup>. Para o Comitê, os indivíduos não poderiam invocar o direito à autodeterminação por ser um direito conferido aos povos, que o exercem nessa qualidade. Além disso, “o Protocolo Facultativo não constitui um aparato por meio do qual os povos possam afirmar seus direitos. Ele oferece um procedimento sob o qual os indivíduos possam reclamar que seus direitos individuais, como definidos na Parte III do Pacto (artigos 6 a 27, inclusive), tenham sido violados.”<sup>232</sup> Com base nisso, o Comitê declarou inadmissível a comunicação sob o art. 1º do PIDCP.

O Comitê tem reiteradamente afirmado o entendimento desse precedente para não admitir comunicações individuais com fundamento no direito à autodeterminação

---

<sup>230</sup> Human Rights Committee. CCPR/C/39/D/205/1986.

<sup>231</sup> No original: “...this provision can neither be invoked by individuals, nor by peoples under the Optional Protocol.”

<sup>232</sup> No original: “...the Optional Protocol does not constitute a machinery through which peoples can assert their rights. It provides a procedure under which individuals can claim that their individual rights, as set out in Part III of the Covenant (articles 6 to 27, inclusive) have been violated.”

dos povos, como previsto no art. 1º do PIDCP.<sup>233</sup> Quando questões envolvendo interesses indígenas chegam ao seu conhecimento, o Comitê tem preferido referir-se à cláusula das minorias (art. 27) para a proteção de grupos subnacionais (em especial, de povos indígenas).

Um caso mais recente tratado pelo Comitê envolvendo as tensões entre os art. 1º e 27 do PIDCP – e que apresenta especial atenção para esse estudo por envolver o reconhecimento do direito de participação – é o caso *Ángela Poma Poma v. Peru*.<sup>234</sup>

Nesse caso, Ángela Poma Poma, era, junto com seus filhos, proprietária de uma fazenda de alpaca chamada “Parco-Viluyo”, na região de Tacna, no Peru. A família de Ángela Poma Poma é descendente do povo Aymara. Sua atividade de subsistência consiste basicamente na criação de alpacas, lhamas e outros pequenos animais, reputada como um costume tradicional.

Desde os anos cinquenta, o governo peruano adotou medidas que, pouco a pouco, foram desviando o curso das águas do altiplano andino para fornecer água à cidade de Tacna, situada na costa do Pacífico peruana, o que resultou na escassez de abastecimento de água para o pasto dos animais, atividade tradicional desenvolvida pela família Poma Poma. Nos anos 1990, o governo implementou o *Proyecto Especial Tacna (PET)*, que previa a construção de doze novos poços, com planejamento para implementação de mais cinquenta. Isso teria acelerado a degradação e drenagem dos pastos, causando o perecimento dos animais. Contudo, o governo peruano não teria feito o estudo de impacto ambiental, que era exigido pelo direito ambiental peruano.

Na petição encaminhada ao Comitê de Direitos Humanos, a sra. Ángela Poma Poma, representada por seu advogado, não fundamentou o seu pleito no art. 27, mas no art. 1º, parágrafo 2º, do PIDCP, ou seja, como violação do direito à autodeterminação, pois as medidas do governo peruano teriam privado a comunidade de sua subsistência.

---

<sup>233</sup> Ver o pronunciamento do Comitê no caso *Ángela Poma Poma v. Peru*, proferido em março de 2009. (CCPR/C/95/D/1457/2006): “*The Committee recalls its jurisprudence whereby the Optional Protocol provides a procedure under which individuals can claim that their individual rights have been violated, but that these rights do not include those set out in article 1 of the Covenant.*” Resta saber se o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais manterá o posicionamento do Comitê de Direitos Humanos caso sejam submetidas comunicações a ele com fundamento no art. 1º do PIDESC (que é idêntico ao art. 1º do PIDCP) nos termos do seu Protocolo Facultativo, cuja vigência se iniciou em maio de 2013.

<sup>234</sup> CCPR/C/95/D/1457/2006. Nesse momento do estudo, a análise se restringirá à questão da admissibilidade do caso, no que diz respeito ao direito do PIDCP reconhecido como violado. A abordagem sobre o mérito do caso será melhor analisada quando examinarmos os direitos de participação reconhecidos pelo CDH com base no art. 27.



Além disso, invocou igualmente o art. 17, relacionado à proteção da família.

Porém, no exame de admissibilidade da petição, o CDH manteve sua jurisprudência, em que os direitos reclamados pelo indivíduo com base no PIDCP não incluem aquele estabelecido no art. 1º (direito à autodeterminação dos povos). Em relação ao art. 17, “o Comitê considera que os fatos, como apresentados pelo autor, levanta questões que estão relacionadas ao artigo 27.”<sup>235</sup>

Ou seja, o CDH considerou como fundamento jurídico da comunicação individual não o direito à autodeterminação, mas violação do direito de proteção das minorias prevista no art. 27. No *dicta*, estabelecido no mérito, entendeu o CDH

Certos aspectos dos direitos dos indivíduos protegidos sob esse artigo [27, RSL] – por exemplo, desfrutar uma cultura particular – pode consistir em um estilo de vida que está associado fortemente ao território e ao uso de seus recursos. Isto pode aplicar particularmente no caso de membros de comunidades indígenas que constituem uma minoria. (...) No presente caso, é incontroverso que a autora é um membro de uma minoria étnica e que criar lhamas é um elemento essencial da cultura da comunidade Aymara, uma vez que é uma de forma de subsistência e uma tradição ancestral passada dos pais para os filhos. A própria autora está engajada nessa atividade.<sup>236</sup>

O CDH qualificou a autora como pertencente a uma minoria étnica, ainda que a autora não tenha assim designado em sua comunicação. Ángela Poma Poma obteve uma decisão favorável no mérito. Contudo, é de se perquirir se, ainda assim, o CDH atendeu aos anseios de Ángela Poma Poma. Quer parecer que não totalmente.

Comentando a decisão do CDH no caso Ángela Poma Poma, GÖCKE (2010) entende que essa decisão possui um caráter ambivalente. Embora tenha fortalecido o princípio do consentimento prévio, livre e informado – princípio analisado no próximo capítulo – ela não deixa de significar, em certa medida, um retrocesso, quando insiste em tratar comunidades indígenas como minorias e não como “povo”.

<sup>235</sup> No original: “Concerning the author’s reference to article 17, the Committee considers that the facts as presented by the author raise issues that are related to article 27.”

<sup>236</sup> No original: “Certain of the aspects of the rights of individuals protected under that article - for example, to enjoy a particular culture - may consist in a way of life which is closely associated with territory and use of its resources. This might particularly apply in the case of the members of indigenous communities which constitute a minority. (...) In the present case, it is undisputed that the author is a member of an ethnic minority and that raising llamas is an essential element of the culture of the Aymara community, since it is a form of subsistence and an ancestral tradition handed down from parent to child. The author herself is engaged in this activity.”

GÖCKE (2010) aponta que o advogado da sra. Ángela Poma Poma no caso, o sr. Tomás Alarcón, possuía experiência e um considerável currículo de envolvimento com os direitos dos povos indígenas, inclusive no nível internacional. É muito provável que ele soubesse que uma demanda relacionada aos direitos indígena no CDH teria êxito somente se articulada com base no art. 27 do PIDCP. Dessa forma, para essa autora, a fundamentação da petição com base no art. 1º (autodeterminação dos povos), e não no art. 27 (proteção dos direitos das minorias) teria sido estrategicamente deliberada. Para GÖCKE,

A sra. Poma Poma não queria vencer em razão do fato de ser considerada um membro individual de uma minoria, mas porque seu povo como um todo havia sido coletivamente privado de seu direito de livremente dispor de seus recursos naturais e continuar a viver de acordo com o seu estilo de vida tradicional.<sup>237</sup> (GÖCKE, 2010, p. 347)

Para GÖCKE (2010), além do aspecto emocional, ser reconhecido como povo permite a invocação de direitos coletivos no âmbito do direito internacional – em especial, o direito à autodeterminação – enquanto ser membro de uma minoria não teria o mesmo alcance. Em realidade, os direitos de minorias são tratados, pelo direito internacional, como direitos individuais que alguém pertence por ser membro de uma minoria. Não há o reconhecimento de um direito à minoria em si. Ainda que a substituição pelo CDH quanto ao fundamento jurídico levantado pela sra. Ángela Poma Poma tenha sido feita segundo a melhor das intenções, o CDH teria feito exatamente o que a peticionante e seu advogado buscavam evitar, que era reduzir o povo a que ela pertencia, os Aymara, a uma minoria, e, por conseguinte, privar os Aymara de seus direitos coletivos, ignorando completamente os desenvolvimentos no direito internacional a respeito do fortalecimento dos direitos dos povos indígenas.<sup>238</sup> É nesse

---

<sup>237</sup> No original: “*Ms. Poma Poma did not want to succeed due to the fact that she was an individual member of a minority but because her people as a whole had been collectively deprived of its right to freely dispose of its natural resources and to continue to live according to their traditional way of life.*”

<sup>238</sup> Para GÖCKE, o advogado da sra. Ángela Poma Poma, ao formular o pleito de sua representada com base no art. 1º, mesmo sabendo de que o pedido poderia ser inadmitido com base nesse dispositivo, não o fez de maneira despropositada: com a aprovação da Declaração em 2007, ele teria pretendido modificar as orientações do CDH, que não menciona a Declaração em sua decisão. Ver GÖCKE, 2010, p. 350-357. Contudo, quer nos parecer que essa conclusão não pode ser extraída, pois a comunicação do caso data de 28 de dezembro de 2004, quando a aprovação da minuta da Declaração ainda se mostrava bastante incerta.

sentido que a decisão do CDH, ainda que aparentemente favorável, acabou por frustrar as expectativas relacionadas à demanda.

Esse caso serve para exemplificar como a subsunção de indígenas ao conceito de minorias é feita mesmo por órgãos mais amigáveis e com maior sensibilidade ao tema, como é o caso do CDH.

O caso é também ilustrativo quanto à resistência do movimento indígena internacional no tocante ao entendimento de que os povos indígenas sejam concebidos apenas como minorias dentro dos Estados. Povos indígenas, ainda que preencham os requisitos reconhecidos para serem qualificados como minorias, não querem se associar a elas, mas sim constituir um grupo próprio.<sup>239</sup> Sob essa perspectiva, ser considerado “minorias” possui, desde essa perspectiva, um caráter inadequado e desvantajoso. Além disso, ser tratado como minoria significaria que os direitos seriam conferidos em caráter derivado, e não a partir de um diálogo entre iguais (no caso, o Estado e os povos indígenas).<sup>240</sup>

O principal desdobramento do distanciamento que buscam em relação à minoria se trata, efetivamente, do direito à autodeterminação – isto é, um direito político altamente qualificado, não reconhecido às simples minorias<sup>241</sup>. Além disso, sobressaem como característica distintiva a relação dos povos indígenas com uma base territorial e um estilo de vida relacionado com o ambiente subjacente, aspecto nem sempre relacionado às minorias, principalmente àquelas exclusivamente religiosas ou linguísticas.

Para SCHEININ (2005a), grupos que se identificam como indígenas cairiam geralmente sob a proteção do art. 27, e alguns desses poderiam ser considerados povos para fins do art. 1º. Esse autor parece entender que nem todos os grupos que se proclamam como indígenas serão compreendidos como povos indígenas, mas poderão ser enquadrados como minorias. Restaria entender como, e por quem, será feita a

---

<sup>239</sup> SWEPSTON observa que “apesar dos representantes indígenas terem preferido argumentar que eles são protegidos por disposições e instrumentos que tratam de direitos indígenas, ao invés de serem considerados sob direitos das minorias, é claro que eles também se enquadram nessas disposições [RSL, do art. 27 do PIDCP].” (SWEPSTON, 2005, p. 60). No original: “*Although indigenous representatives have mainly preferred to argue that they are covered by provisions and instruments on indigenous rights rather than being considered under minority rights, they do of course also fall under these provisions.*”

<sup>240</sup> Sobre o tema, ver HANNUM, 1996. p. 63-64; GÖCKE, 2010, p. 347-348; SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 73. A questão da distinção entre povos indígenas e minorias igualmente ocupou a atenção dos participantes do WGIP durante as primeiras discussões da DDPI. Sobre isso, ver DAES, 2011, p. 19.

<sup>241</sup> Ver SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 73.

distinção, questão que, como vimos, está longe de ser simples. Outro risco desse tipo de afirmação seria autorizar os Estados a discriminarem certas categorias de indígenas, não as reconhecendo como povos, mas apenas minorias. Além disso, em outro artigo (SCHEININ, 2005b), esse autor avança o argumento de que existiriam povos indígenas que também seriam minorias, sendo duas categorias não mutuamente exclusivas. Contudo, isso parece ir contrário a todo o propósito da Declaração, que teve como mote também atribuir a eles a qualidade de “povos”, e não minorias.

Uma forma de desatar esse nó seria compreender que a noção de “povos indígenas” não se confunde com o conceito de “minorias” no direito internacional, mas pode ser compreendida como minorias *de facto* internas ao Estado na medida em que não detêm o controle político do Estado. Isso, contudo, não prejudica o *status* do seu reconhecimento enquanto “povos”, para fins do direito internacional. Desse modo, ainda que signifique, desde um ponto de vista quantitativo, minorias numéricas dentro de um Estado, isso não significa que o conceito de povos indígenas deva se misturar com o conceito de minorias, no sentido que atribui o direito internacional.<sup>242</sup>

Contudo, esse problema adquire novas dimensões a partir da Declaração. A Declaração não oferece um conceito sistemático e fechado sobre os elementos caracterizadores de um “povo indígena”, ainda que de seu preâmbulo possam se aferir alguns aspectos orientadores. Como vimos, a ausência de uma definição legal foi deliberada, tendo o movimento indígena participante resistido a uma concepção rígida. Contudo, se, por um lado, a ausência de definição pode ser positiva por retirar o foco de disputas conceituais, por outro, ela pode se mostrar elástica o suficiente para tornar opaca a distinção entre o indígena e o não-indígena. Mais evidente, a distinção entre indígena e minorias étnicas torna-se cada vez mais difícil.

A amplitude do conceito não passou despercebida por analistas e comentadores. Para WATSON & VENNE, o alargamento do conceito de “indígena” tem como resultado não ser possível mais saber a quem a Declaração se aplica. Na visão desses autores, isso implicaria o enfraquecimento para aqueles povos que não tiveram a oportunidade de lidar com questões coloniais nem o poder para engendrar um processo de descolonização.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> Ver SCHULTE-TENCKHOFF, 2012, p. 68.

<sup>243</sup> Ver WATSON & VENNE, 2012, p. 92.

As vantagens de um determinado grupo se definir como “indígena” e não como “minorias étnicas” traz, agora, evidentes vantagens sob um ponto de vista institucional e do direito internacional.

Do ponto de vista institucional, somente no âmbito das Nações Unidas, como veremos, três órgãos lidam com questões indígenas: a Relatoria das Nações Unidas para os Povos Indígenas, o Fórum Permanente para Questões Indígenas e o Mecanismo de Especialistas para Questões Indígenas. Para lidar com minorias, há apenas as atividades do Relator Especial para Questões de Minorias.

Não apenas isso, mas o espaço e o tempo atribuído dentro das Nações Unidas para lidar com questões indígenas e para lidar com minorias são significativamente desiguais. Por exemplo, em 2013, o Fórum Permanente para Questões Indígenas se reuniu em sessão por duas semanas entre os dias 20 a 31 de maio, e o Mecanismo de Especialistas para Questões Indígenas se reuniu por uma semana entre 8 e 12 de julho de 2013. Porém, o Fórum sobre Questão de Minorias teve lugar em uma única sessão anual que durou apenas dois dias – 26 e 27 de novembro. Além disso, esse Fórum para as Minorias abrange também as minorias religiosas e linguísticas, que compartilham tempo e recursos com temas relacionados às minorias étnicas. Soma-se a isso o fato de a OIT também lidar diretamente com direitos dos povos indígenas, sem qualquer espaço similar para as minorias. Portanto, como aponta KIMLICKA, as minorias ainda lutam por um “lugar na mesa”.<sup>244</sup>

Do ponto de vista do direito internacional, enquanto as minorias podem invocar somente o art. 27 do PIDCP e uma Declaração pouco ousada em termos de expansão de direitos, para os povos indígenas, há um tratado internacional específico que disciplina seus direitos (a Convenção n. 169) e uma Declaração avançada, que estabelece garantias relacionadas desde o seu território até sua participação política.

Assim, o hiato existente no regime protetivo entre povos indígenas e as minorias étnicas é enorme. Caso não se percebam como indígenas ou não sejam objetivamente considerados como tais, o grupo não terá acesso aos espaços institucionalizados no âmbito das Nações Unidas e nem aos direitos previstos nos instrumentos internacionais.

---

<sup>244</sup> Ver KYMLICKA, 2011, p. 196.

Tais problemas conceituais tendem a se acentuar na medida em que determinados grupos tentarão pressionar para se qualificarem como indígenas<sup>245</sup> e outros passarão pelo processo de etnogênese, fenômeno em que um grupo emerge (ou reemerge) alegando constituir uma coletividade étnica e cultural em separado.

Já no processo de discussão da Declaração e com a sua aprovação, iniciou-se esforços para identificar se o conceito de “povos indígenas” poderia ser aplicado à África e à Ásia, para determinados grupos que lá existiam. De acordo com KYMLICKA (2011), enquanto no Ocidente é mais fácil distinguir as minorias nacionais dos povos indígenas – aqueles são comunidades que foram incorporadas por um Estado, e esses foram colonizados por uma potência europeia distante –, o mesmo conceito encontraria dificuldades de aplicação na Ásia e na África. Diante da existência de grupos vulneráveis nesses continentes, sob o incentivo de algumas organizações internacionais, diversos grupos agora têm buscado se identificar como “povos indígenas”.<sup>246</sup> Além disso, nenhuma minoria agora tem interesse em se identificar enquanto minoria, possuindo agora incentivos para se redefinir como “povos indígenas”.<sup>247</sup> A esse comportamento, THORNBERRY (2002) denomina de “mudança de identidade” (*identity switching*).

Sob os riscos dessa expansão, KYMLICKA afirma que

Uma vez seguido esse caminho de aplicar a categoria dos povos indígenas para além dos casos principais dos Estados coloniais do Novo Mundo, não há um ponto de parada evidente. De fato, há desacordos significativos dentro das OIs [organizações internacionais, RSL] a respeito de quão ampliada deve ser a aplicação da categoria dos povos indígenas em Estados pós-coloniais. (...) O problema é que muito depende de qual lado da linha um grupo se encontra e, como resultado, há pressão política intensa para mudar onde a linha é marcada, em maneiras

<sup>245</sup> KYMLICKA aponta que diversos grupos subnacionais, como os Chechenos, Curdos, Tibetanos, Bascos e Palestinos, apesar de não serem tradicionalmente considerados indígenas, possuem características compartilhadas: eles contestam a autoridade do Estado para governá-los, buscam o reconhecimento de injustiças históricas e visam tornar plurais as estruturas estatais por meio do reconhecimento de direitos de autodeterminação e autonomia. Ver KYMLICKA, 2011, p. 192.

<sup>246</sup> Ver KYMLICKA, 2011, p. 204.

<sup>247</sup> Como aponta esse autor, se como minorias possuem apenas acesso ao genérico art. 27 do PIDCP, agora, como “povos indígenas”, terão acesso “...à promessa dos direitos territoriais, controle sobre recursos naturais, autonomia política, direitos à língua e pluralismo legal.”(KYMLICKA, 2011, p. 205). No original: “...if they come as ‘indigenous peoples’, they have the promise of land rights, control over natural resources, political autonomy, language rights and legal pluralism”.

que são politicamente insustentáveis. (KYMLICKA, 2011, p. 204)<sup>248</sup>

A Declaração, ao ratificar a importância da integridade e autonomia cultural e apoiar um modelo multiculturalista de ordenamento político, serviria como um precedente que as minorias poderiam invocar para defender sua luta para fortalecer seus direitos no direito internacional. Contudo, KYMLICKA (2011) apresenta uma visão menos otimista. Para esse autor, não tem ocorrido um paralelismo entre o avanço no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e das minorias, muito embora cada vez mais a tensão em se negar essa expansão tenda a se ampliar, colocando em escrutínio a política atual dos Estados da ONU em não possibilitar às minorias os mesmos espaços e direitos reconhecidos aos povos indígenas.

Tais dilemas identitários provavelmente darão o tom das futuras discussões sobre o regime jurídico dos povos indígenas – quem são os beneficiários dos direitos, como defini-los, como os Estados responderão a esse enquadramento. Longe de ser uma simples discussão preliminar, esse debate está relacionado ao próprio processo de reinserção e reengajamento de grupos coletivos marginais ou marginalizados no âmbito do Estado e do direito internacional.

### 3.3. OS SUB-REGIMES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO

Embora a disseminação do conceito de “regimes internacionais” possua sua inspiração na teoria das relações internacionais<sup>249</sup>, a utilidade do termo para designar e qualificar os diversos ramos especializados do direito internacional logo foi percebida por jusinternacionalistas<sup>250</sup>. Assim, a terminologia acabou por adquirir uma reputação

---

<sup>248</sup> No original: “Once we start down the road of applying the category of indigenous peoples beyond the core case of New World settler states, there is no obvious stopping point. Indeed, there are significant disagreements within IOs about how widely to apply the category of indigenous peoples in post-colonial states.(...) The problem, rather, is that too much depends on which side of the line groups fall on, and as a result, there is intense political pressure to change where the line is drawn, in ways that are politically unsustainable.” Sobre grupos que estão perseguindo essa estratégia de redefinição, ver KYMLICKA, 2011, p. 205-206.

<sup>249</sup> Sobre regimes internacionais na teoria de relações internacionais, ver Krasner (2012); Ruggie (1982); Strange (1982). A edição do periódico *International Organizations* na primavera de 1982 contém vários artigos, por distintos autores, que, em larga medida, apresentam a discussão sobre regimes internacionais travadas naquele período na teoria das relações internacionais.

<sup>250</sup> Ver, por exemplo, o uso que dele fazem Alston & Goodman, ao apontar: “The course book uses the

no meio do direito internacional, sendo utilizada indistintamente para se referir aos diversos ramos especializados emergentes no direito internacional. Todavia, uma vez que nos encontramos no campo do direito internacional, e não de uma teoria política, e de modo a deixar mais evidente do que estamos tratando, deve-se acrescentar mais um qualificador, que denote a juridicidade do regime.

Nesse trabalho, por “regime jurídico internacional”, compreendemos as normas, os processos e as instituições desenhadas no direito internacional que regulam tanto a prática interestatal como também a maneira como os Estados devem lidar com indivíduos, grupos e os territórios subordinados à sua jurisdição. Nessa concepção, um regime jurídico internacional deverá possuir regras consistentes – sejam elas codificadas em convenções internacionais, originadas dos costumes ou princípios gerais de direito<sup>251</sup> – e órgãos responsáveis pelo monitoramento de seu cumprimento e aplicação.

Nesse estudo, utilizaremos ainda o conceito de “sub-regimes”, isto é, divisões entre instituições internacionais que visam a regular um objeto que guarda semelhança entre si. Com isso, queremos dizer que, na concepção aqui adotada de regime jurídico, é possível a existência de diversos “sub-regimes” para regular, por exemplo, um só tema de comércio internacional ou uma determinada questão ambiental. Na perspectiva adotada nesse trabalho, os elementos que identificam um sub-regime internacional são: i) a centralidade de um determinado parâmetro normativo; ii) um órgão ou instituição que observa e aplica esse parâmetro; iii) e, por fim, um determinado procedimento internacional, ainda que não esteja institucionalmente consolidado, que possibilite o monitoramento do comportamento dos Estados quanto ao respeito ao sub-regime e/ou o desenvolvimento interpretativo do instrumento que incumbe ao órgão aplicar.

Evidentemente, ao existir diversos regimes que têm como escopo a regulamentação de um mesmo instituto, a possibilidade de incoerência entre eles se eleva significativamente. Outra expressão cujo uso tem sido repetido no direito internacional é a ideia de regimes autocontidos (*self-contained regimes*), que, de acordo com CRAWFORD (2014), seria uma forma forte de *lex specialis*, pela qual um tratado

---

term ‘human rights regime’ to include post-1945 governmental, intergovernmental and nongovernmental institutions and practices in both national and international contexts in the recognition and protection of human rights.” (ALSTON & GOODMAN, 2013, p. vii). Em sentido similar, ver BIRNIE, BOYLE & REDGWELL (2009, p. 17), ao mencionar os “regulatory regimes” em matéria ambiental.

<sup>251</sup> A referência das fontes do direito internacional segue sendo, como um ponto de partida, o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.



limitado geográfica ou funcionalmente busca se afastar das regras secundárias do direito internacional que coordenam o sistema como um todo.

Esse fenômeno é identificável e real, e um exemplo bastante significativo são os próprios direitos de participação dos povos indígenas, a serem examinados no próximo capítulo.

A partir desse critério, podemos conceber três sub-regimes jurídicos internacionais de proteção dos povos indígenas, ainda que um deles esteja em franco processo de formação.

O primeiro deles tem origem na principal organização internacional que deflagrou a discussão a respeito dos povos indígenas no direito internacional no pós-guerra, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). A OIT é também a instituição responsável pelo monitoramento do único tratado internacional vigente e aberto à ratificação que lida especificamente com os povos indígenas, a denominada Convenção n.º 169.

Um segundo sub-regime emerge no interior do regime geral de proteção dos direitos humanos, principalmente a partir da prática dos *treaty bodies* e da proeminência que a Corte Interamericana de Direitos Humanos assumiu no âmbito dessa estrutura. Os parâmetros normativos desse regime são alguns tratados internacionais de direitos humanos celebrados no âmbito das Nações Unidas e, no âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

O terceiro regime identificado guarda uma paradoxal curiosidade. Ao mesmo tempo em que parece ser o mais ativo na atualidade quanto à produção de estudos e discussões a respeito da proteção dos povos indígenas, contando com um relativo grau de institucionalização no âmbito da ONU, é, também, o único que não se fundamenta em um instrumento jurídico reconhecidamente possuindo caráter vinculante. Esse regime, que utiliza como principal parâmetro normativo a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, está em um ascendente processo de afirmação, e, de forma distinta dos anteriores, é o que contou (e conta) com maior participação ativa dos principais atores interessados, os povos indígenas.

### 3.3.1 O sub-regime da OIT: a Convenção n.º 169 e a proteção dos povos indígenas

#### 3.3.1.1. A OIT e os povos indígenas

A Organização Internacional do Trabalho (doravante OIT) se destaca por ser a primeira Organização Internacional a se voltar para a proteção dos povos indígenas, ainda que, em um primeiro momento, com o claro propósito de assimilá-los e integrá-los aos Estados nacionais. A OIT figura como uma *rara avis* entre suas congêneres: trata-se de uma organização internacional remanescente do Tratado de Versalhes, que assistiu à formação e crise da Liga das Nações, bem como à ascendência da Organização das Nações Unidas (THORNBERRY, 2002). Diferente das demais instituições internacionais, o processo decisório da OIT é informado por um esquema tripartite, em que, ao lado dos agentes dos Estados, participam representantes de patrões e representantes de trabalhadores. A OIT tem como principal objetivo a proteção dos trabalhadores<sup>252</sup>.

De acordo com RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005), a ocupação da OIT com temas afetos aos povos indígenas é uma “anomalia histórica”. No período em que existiu a Liga das Nações, a OIT foi, pouco a pouco, avocando para si um mandato para emitir *standards* sobre *trabalhadores nativos* – terminologia utilizada inicialmente para designar os indivíduos trabalhadores nas sociedades não-europeias controladas pelos Estados europeus durante o imperialismo. Gradativamente, a OIT foi expandindo esse mandato para forçosamente incluir os povos indígenas (entendidos na concepção moderna articulada no item 3.2 supra) que se encontravam em Estados independentes. Esse processo resultaria na Convenção n.º 107.

Ainda segundo esse autor, a Repartição Internacional do Trabalho, órgão administrativo da OIT, desempenhou um notável papel de liderança para trazer à OIT o então “problema indígena”, como fora designada a situação de pobreza e marginalização desses povos nos processos econômico-políticos dos Estados. Essa aproximação com o movimento indigenista latino-americano culminou com a formação da Convenção n.º 107<sup>253</sup>, antes um tratado que substancia políticas públicas do que um

<sup>252</sup> Para uma compreensão da OIT, suas normas e seus sistemas de controle, ver FRIEDRICH *et al.* (2012).

<sup>253</sup> Entre os membros de um grupo de especialistas convocados pela OIT para discutir e propor uma

instrumento de direitos, cujo objetivo, desde seu princípio, teve como pano de fundo a integração dos povos indígenas e tribais à estrutura econômica e política dos Estados, segundo uma lógica da cidadania universal. RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005) identifica essa ampliação da atuação da OIT com base no próprio histórico da organização, especialmente numa aproximação com o movimento indigenista internacional que teve lugar logo após a 2ª Guerra Mundial e a percepção de que a OIT seria um foro apropriado para lidar com essas questões.

A Convenção n. 107, aprovada em 1957, foi a primeira Convenção da OIT que disciplinou a questão indígena<sup>254</sup>. Ela regulamenta assuntos diversos, desde questões relacionadas à educação e saúde das populações indígenas e tribais até direitos relacionados ao manejo das terras em que se encontram. Contudo, uma pergunta se impõe: qual o fundamento para que a OIT, uma agência especializada que trata de questões trabalhistas e de seguridade social, discuta e proponha a celebração de um instrumento internacional para a proteção dos povos indígenas, envolvendo diversos aspectos que extrapolam a questão trabalhista?

De acordo com a premissa integracionista subjacente à Convenção n.º 107, as “populações indígenas e tribais” somente poderiam superar sua condição de atraso e miséria – o que o Indigenismo denominava de “problema indígena” – a partir de uma transição suave de incorporação ao sistema de produção nacional. Nesse sentido, a Convenção n.º 107 não tinha um propósito de conferir-lhes direitos pura e simplesmente. As obrigações atribuídas aos Estados tinham o sentido de minimizar os efeitos dessa transição aos povos indígenas rumo à “civilização”, e de evitar que fosse feita de forma violenta ou compulsória pelos governos. Nesse sentido, os direitos previstos eram meros instrumentos para a realização de um fim inexorável: a assimilação dos povos indígenas à comunhão nacional. Daí RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005) atribuir a essa Convenção a “linguagem da integração”, em oposição à sua sucessora, a Convenção n.º 169, que conteria a “linguagem dos direitos”.<sup>255</sup>

---

convenção voltada às populações indígenas – que se converteria na Convenção n.º 107, estava Darcy Ribeiro, cientista social que exerceu notória influência no desenvolvimento da antropologia brasileira.

254 A Convenção n.º 107 ainda se encontra vigente para os Estados partes que a ratificaram e não ratificaram ainda a Convenção n.º 169 da OIT.

255 ALLEN reconhece na Convenção n.º 107 um “fervor integracionista, noções hierárquicas de cultura e uma pressão inexorável da modernidade.” No original: “*integrationist fervor, hierarchical notions of culture and inexorable pull of modernity.*” (ALLEN, 2009, p. 188)

Embora celebrada em 1957, a Convenção n.º 107 já nasce de barbas brancas, pois logo após sua aprovação, não tardaria a sofrer críticas diante de seu propósito assimilacionista e as premissas evolucionistas nela contidas – a de que os povos indígenas, enquanto povos “atrasados”, deveriam gradualmente ser incorporados à civilização moderna.<sup>256</sup> Assim, rapidamente a Convenção n.º 107 caiu em ostracismo e desuso já nas décadas seguintes.

Parte da crítica decorreu dos próprios movimentos indígenas que se mobilizaram no plano internacional a partir da década de 70, deplorando a mensagem assimilacionista e negadora de seus direitos culturais.<sup>257</sup> Como aponta SWEPSTON (2005), a abordagem dessa Convenção refletia uma atitude de cima para baixo, com a comunidade internacional decidindo o que era melhor para os povos indígenas sem, contudo, consultá-los.<sup>258</sup> Diante da força desse movimento e do eventual deslocamento das discussões para as Nações Unidas, o corpo burocrático da OIT se viu na contingência de responder a essa reivindicação. Como justificativa interna frequentemente colocada, estava o risco da perda de uma percebida liderança histórica do organismo para lidar com questões indígenas. Daí a proposta de revisão da Convenção n.º 107 da OIT, o que ocorreria com a aprovação da Convenção n.º 169 em 1989. Essa revisão significaria a substituição da ideia de integração progressiva pela aceitação de que a diversidade cultural possuiria um valor intrínseco. (ROMBOUTS, 2014)

### 3.3.1.2. A Convenção n.º 169 da OIT

A Convenção n.º 169 da OIT, celebrada em 1989, destaca-se por ser, atualmente, o único tratado internacional a regulamentar especificamente os direitos dos povos indígenas.<sup>259</sup> Tal como ocorreu com a Convenção n.º 107, trata-se de um ato normativo que alcança diversos aspectos relacionados aos povos indígenas, que

---

<sup>256</sup> Ver SWEPSTON, 2005, p. 55.

<sup>257</sup> Ver LÂM, 2009, p. 601.

<sup>258</sup> Ver SWEPSTON, 2005, p. 53.

<sup>259</sup> Ver GÖCKE, 2010, p. 358; SWEPSTON, 2005, p. 55. A Convenção n.º 107 continua vigente somente para aqueles Estados que já eram partes e que não ratificaram ainda a Convenção n.º 169. A Convenção n.º 107 está hoje fechada para ratificação.

extrapolam a matéria trabalhista e de seguridade social, abrangendo desde a relação do direito costumeiro indígena com os sistemas jurídicos nacionais, os direitos de participação dos povos indígenas em políticas de desenvolvimento, direitos territoriais e até mesmo arranjos interestatais para viabilizar contatos entre membros de um mesmo povo separado por fronteiras.

Na perspectiva adotada nesse trabalho, a Convenção n.º 169 é a principal fonte normativa do sub-regime de proteção dos povos indígenas no âmbito da OIT. É ela o instrumento pelo qual as demandas dos povos indígenas são articuladas e verbalizadas para a OIT.

A Convenção n.º 169 rompe com o projeto integracionista da Convenção n.º 107. A sua premissa é o respeito às diferenças culturais, o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direitos e, ainda que busque evitar a todo custo uma polêmica no campo da política internacional, atribui, em certa medida, o direito à autodeterminação dos povos indígenas, embora não com essas palavras e nem tão incisivamente como a Declaração o fez, como vimos no capítulo anterior.

A Convenção n.º 169 determina expressamente o respeito aos valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais dos povos indígenas.<sup>260</sup> Em relação aos direitos de participação, conquanto não seja a primeira vez que sejam reconhecidos no direito internacional, é, certamente, a sua estreia de maneira explícita no texto de um tratado internacional.<sup>261</sup> Também deverá ser respeitado o direito de escolherem a prioridade quanto ao processo de desenvolvimento de suas regiões, bem como qualquer projeto de desenvolvimento deverá ser precedido de estudos de impacto da correspondente atividade econômica sobre os aspectos social, espiritual e cultural desses povos.<sup>262</sup> A Convenção n.º 169 também determina aos Estados a consideração do direito costumeiro dos povos indígenas, inclusive na arena penal, buscando integrá-los ao sistema jurídico

---

<sup>260</sup> Art. 5º.

<sup>261</sup> Os direitos de participação e consulta dos povos indígenas são identificados como uma das mais essenciais garantias para a proteção desses povos, tanto para que eles próprios possam influenciar a definição de seus direitos como impactar em determinadas práticas institucionais. Ver KINGSBURY, 2001, p. 239. O próximo capítulo será dedicado ao estudo desses direitos.

<sup>262</sup> Art. 7º.

nacional, desde que compatíveis com os direitos fundamentais e direitos humanos internacionalmente reconhecidos.<sup>263</sup>

Parte significativa da Convenção tem como objetivo disciplinar as terras indígenas, desde o reconhecimento do direito à sua demarcação e titularização, conferindo a esses povos os direitos de propriedade e de posse, como o direito de não serem removidos salvo circunstâncias excepcionais e com seu consentimento, bem como o direito de se manifestarem sobre a transmissão de sua propriedade.<sup>264</sup> Para além desses direitos políticos e territoriais, a Convenção avança para regulamentar os direitos dos indígenas na contratação, condições de emprego, formação profissional, educação, saúde e serviços sociais.<sup>265</sup>

É perceptível, portanto, que a Convenção n.º 169 disciplina amplamente diversas esferas relacionadas aos direitos dos povos indígenas, atribuindo-lhes direitos *vis-à-vis* o Estado em que se encontram. Por sua vez, exige-se do Estado principalmente o respeito ao modo de vida, à voz e ao exercício da cultura indígena. Evidencia-se, portanto, que essa Convenção rompe com o antigo paradigma assimilacionista de sua antecessora, impondo respeito e acomodação às diferenças culturais.<sup>266</sup>

Contudo, importa salientar que o processo de negociação e discussão da Convenção n.º 169 foi caracterizado por forte controvérsia, verbalizada principalmente pelos povos indígenas. O motivo central se refere à baixa participação desses povos nas conferências e reuniões em que foi discutida a revisão da Convenção n. 107. Em razão da estrutura tripartite da OIT e, por conseguinte, das reais limitações procedimentais à participação de atores que não os governos e representantes dos empregados e empregadores, diversos líderes indígenas se viram aliçados do processo de decisão que culminou na Convenção n.º 169. Em razão desses constrangimentos procedimentais,

---

<sup>263</sup> Arts. 8º e 9º.

<sup>264</sup> Arts. 13 a 19. Sobre a regulamentação do direito à terra, aponta WEISSNER: “It ensures indigenous peoples’ control over their legal status, internal structures, and environment, and it guarantees indigenous peoples’ rights to ownership and possession of the total environment they occupy or use.” (WEISSNER, 2012, p. 51).

<sup>265</sup> Art. 20 a 30.

<sup>266</sup> De acordo com SWEPTON, embora mais compreensiva e respeitosa da cultura indígena, a Convenção n.º 169 sofreria críticas de dois extremos: para alguns, ela iria muito longe ao estabelecer autonomia e direitos a um grupo definido dentro do contexto nacional; para outros, ela não foi longe o bastante por não garantir direitos de tomada de decisão e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. (SWEPTON, 2005, p. 56)

esses líderes repudiaram a legitimidade da Convenção n.º 169. Portanto, paradoxalmente, essa Convenção não respeitou devidamente o principal direito que ela própria visou constituir: o direito dos povos indígenas de serem consultados em pé de igualdade com os demais atores sociais na implementação de políticas públicas estatais. A esse “vício” de legitimação, RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005, p. 300-319) denominou de “pecado original”, que colocaria à prova o papel da Convenção n.º 169 como instrumento capaz de articular as demandas desses povos.

Outra característica a ser destacada à Convenção n. 169 é que denota sua singularidade em relação às outras Convenções da OIT é o seu atual *status* de ratificação: Até agosto de 2014, apenas 22 Estados haviam ratificado essa convenção. Dentre eles, destacam-se massivamente os Estados da América Latina (15 partes)<sup>267</sup>. Embora talvez não tenha alcançado um apelo universal, a Convenção n. 169 tem, certamente, um importante destaque regional na América Latina, que é refletido na sua constante invocação tanto pelas comunidades indígenas como por órgãos de aplicação (inclusive órgãos judiciais de cúpula de Estados da região).

Feitas essas considerações e compreendido o principal parâmetro normativo do que aqui denominamos de regime da OIT, resta examinar os procedimentos de cumprimento desse tratado internacional.

### 3.3.1.3 A fiscalização internacional das Convenções da OIT

A fiscalização quanto à observância das regras contidas na Convenção n.º 169 remete aos mecanismos usuais e gerais de supervisão das convenções da OIT, e aí reside também uma de suas principais limitações, como apontaremos a seguir.

A OIT monitora o cumprimento da Convenção mediante seus procedimentos normais conforme estão previstos na Constituição da OIT, inexistindo um procedimento específico para veicular as demandas dos povos indígenas. Nesse processo, destaca-se a

---

<sup>267</sup> Ratificaram a Convenção n.º 169 na América Latina Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Bolívia. Seguida da América Latina, encontram-se os países escandinavos (Dinamarca e Noruega). Pela Europa, ratificaram também Espanha e Holanda. Além desses países, ratificaram a República Central Africana, Fiji e Nepal. Disponível em [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO). Acesso em 19 ago 2014. O baixo número de ratificações leva a uma comentadora concluir que a Convenção n.º 169 não pode ser considerada como uma forte base do direito internacional. Ver GÖCKE, 2010, p. 369.

participação do CEACR - *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (OIT) (Comitê de Especialistas sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações) (HANNUM, 1996, p. 77).

Como aponta FRIEDRICH:

A OIT realiza controle da aplicação das suas normas pelos Estados, seja através dos relatórios que eles devem enviar periodicamente à “Comissão de Peritos”, que analisa se a normativa OIT recebeu a devida atenção do Estado; seja através do procedimento contencioso oriundo de reclamações formuladas por organismos de empregados e empregadores ou de queixas feitas por um Estado contra o outro, para os casos de não aplicação pelo Estado de Convenção que ratificou e que ocorre perante a “Comissão de Aplicação de Convenções e Recomendações.” (FRIEDRICH, 2013, p. 27)

O primeiro mecanismo regular refere-se à submissão de relatórios periódicos pelos Estados-membros quanto ao cumprimento das Convenções por eles ratificadas. Eles são revistos pelo Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (conhecidos pela sigla CEACR, decorrente de sua denominação em inglês), que podem solicitar informações adicionais. Como aponta ANAYA (2004, p. 226), a partir da análise dos relatórios e das informações, esse Comitê apresenta suas observações, apontando falhas no comportamento dos governos, e publica seu relatório anual. Baseando-se no relatório do Comitê de Especialistas, um comitê da Conferência Internacional do Trabalho, que se reúne anualmente, seleciona um número de casos mais problemáticos e solicita aos governos correspondentes que compareçam para esclarecer os motivos dos problemas identificados.

ANAYA (2004, p. 249-252) aponta ainda, além desse processo de revisão periódica, a existência de dois procedimentos de denúncia que podem ser submetidos à OIT. É importante destacar que esses procedimentos não foram regulamentados tendo em vista os povos indígenas.

Com base nos arts. 24 e 25 da Constituição da OIT<sup>268</sup>, uma associação de empregados ou empregadores pode apresentar uma reclamação (*representation*) à OIT

---

<sup>268</sup> “Art. 24. Toda reclamação, dirigida à Repartição Internacional do Trabalho, por uma organização profissional de empregados ou de empregadores, e segundo a qual um dos Estados Membros não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção a que o dito Estado haja aderido, poderá ser



de que determinado Estado não está respeitando efetivamente uma Convenção de que é parte. Essa denúncia é analisada por um comitê de três membros do *Governing Body* da OIT. De acordo com a estrutura tripartite da OIT, esse comitê consistirá de um representante do Estado, um representante dos empregadores e um representante dos trabalhadores. Tal comitê considerará as alegações, requisitará comentários aos Estados acusados, e, com base em suas investigações, apresentará um relatório ao *Governing Body*. Se esse órgão da OIT considerar insuficientes as explicações do Estado, publicará a reclamação, a resposta do Estado e o comentário do comitê sobre o caso. O comentário publicado do comitê poderá significar a identificação de uma violação, ao que o Estado violador deverá agir com vistas à sua reparação.

Outro mecanismo de denúncia previsto na Constituição da OIT está inserido em seu art. 26, que se refere às queixas. Podem instaurar esse procedimento qualquer Estado-membro da OIT, qualquer delegado da Conferência Internacional do Trabalho (empregadores, trabalhadores e representantes de governo) e mesmo o *Governing Body* da OIT, *ex officio*. Após requerer informações do Estado acusado, o *Governing Body* estabelece uma “Comissão de Inquérito” para atender à reclamação. De acordo com ANAYA (2005, p. 249), essas Comissões de Inquérito funcionam como um procedimento quase-judicial envolvendo audiências formais e submissões escritas, incluindo ocasionais visitas *in-loco* pelos membros para coletar evidências.

Sob o procedimento do art. 26, após a fase instrutória, a Comissão apresenta suas conclusões e poderá fazer recomendações para a adoção de medidas corretivas se for constatado que um Estado não observou as obrigações de uma Convenção de que é parte. As conclusões e recomendações são comunicadas ao *Governing Body* e aos Estados implicados, e então publicadas. Os Estados podem apelar de uma decisão da Comissão à Corte Internacional de Justiça. Nesse caso, a decisão da Corte Internacional de Justiça será conclusiva e última, conforme prevê a Constituição da OIT.

Evidencia-se a principal limitação desse mecanismo: os povos indígenas não podem, por eles próprios, submeter uma reclamação diretamente à OIT. Deverão contar com o monitoramento regular da OIT e, para casos específicos, com a boa vontade de

---

transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em questão e este poderá ser convidado a fazer, sobre a matéria, a declaração que julgar conveniente.

Art. 25. Se nenhuma declaração for enviada pelo Governo em questão, num prazo razoável, ou se a declaração recebida não parecer satisfatória ao Conselho de Administração, este último terá o direito de tornar pública a referida reclamação e, segundo o caso, a resposta dada.”

representantes dos empregados ou empregadores, ou do *Governing Body* no caso do procedimento do art. 26 da Constituição da OIT, de submeter uma denúncia diretamente ao órgão. Essa limitação não passou despercebida por um dos órgão de supervisão da OIT. O CEACR assim se manifestou:

121. (...) O Comitê considera que a questão do acesso dos povos indígenas e tribais aos mecanismos de supervisão da OIT merece estudos mais aprofundados, particularmente em razão da Convenção n. 169 ser o único tratado internacional especificamente dedicado a esses povos. Contudo, ele [o Comitê] é ciente de que discussões seguintes sobre essa matéria deverão ocorrer nos órgãos competentes da OIT.<sup>269</sup>

O fato também não foi ignorado pelo Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas, órgão de consulta vinculado ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em seu Parecer n.º 2, esse Mecanismo sugeriu que a “OIT deveria permitir a representação efetiva dos povos indígenas em seus processos decisórios, e especialmente em relação à implementação e supervisão das Convenções e políticas da OIT relevante aos povos indígenas.”<sup>270</sup>

Ademais, outra crítica decorre do fato de que a ocupação da OIT com direitos indígenas é assunto extravagante à instituição, cuja competência central volta-se para questões trabalhistas. Pode ser que a OIT não seja reconhecida como o foro adequado para tratar de demandas tais como direitos territoriais e direitos de participação dos povos indígenas.

ANAYA (2005, p. 252) vê ainda uma reticência dos órgãos de monitoramento da OIT para ir além de questões de natureza procedimental quanto ao respeito dos direitos dos povos indígenas. Ele atribui isso a uma predisposição à não interferência em assuntos domésticos dos Estados, que ainda permeia o sistema internacional. Contudo, uma vez que os Estados admitem essa interferência quando se tornam partes

---

<sup>269</sup> No original: “121. (...) *The Committee considers that the issue of the access of indigenous and tribal peoples to the ILO supervisory mechanisms merits further study, particularly as Convention No. 169 is the only international treaty specifically dedicated to these peoples. It is, however, mindful that further discussions on this matter would have to take place in the competent bodies of the ILO.*” Report of the CEACR – ILC, 99 th Session, 2010.

<sup>270</sup> Expert Mechanism Advice No. 2 (2011): Indigenous peoples and the right to participate in decision-making. Parágrafo 37. No original: “37. *ILO should enable effective representation by indigenous peoples in its decision-making, and especially with regard to the implementation and supervision of ILO Conventions and policies relevant to indigenous peoples.*”

das Convenções da OIT, o autor atribui essa cautela mais à política institucional dessa organização internacional. A OIT demonstra preferência em favorecer serviços de assessoria técnica e um diálogo construtivo para resolução de disputas em detrimento do foco num sistema contencioso. Além disso, para esse autor, haveria falta de *expertise* sobre questões indígenas em uma organização devotada eminentemente para questões trabalhistas.

Distintamente do que ocorre com outros órgãos internacionais – especialmente os relacionados à proteção dos direitos humanos – os órgãos da OIT não possuem a capacidade de determinar medidas cautelares ou provisórias aos Estados quando constatada, ainda que *in limine*, uma violação. Como afirmou expressamente o CEACR:

Quanto à questão se o Comitê [CEACR] pode fazer recomendações quanto à suspensão de atividades pendentes de consulta, o Comitê gostaria de afirmar que não é claramente uma corte e, por conseguinte, não pode determinar injunções ou medidas provisórias.<sup>271</sup>

Apesar dessas limitações, deve-se destacar que a OIT tem exercido um papel relevante para a proteção dos povos indígenas e principalmente para a definição do conteúdo desses direitos. Isso se nota principalmente na definição do conteúdo dos direitos de participação, como analisaremos na sequência.

Em suma, o sub-regime internacional de proteção dos povos indígenas no âmbito da OIT tem como regras aquelas definidas na Convenção n.º 169 da OIT (e, quando aplicável, as de sua predecessora, a Convenção n.º 107), apresentando um mecanismo de revisão, conquanto limitado, e procedimentos para a fiscalização do cumprimento das suas regras.

---

<sup>271</sup> No original e na íntegra do parágrafo: “Concerning the issue as to whether the Committee can make recommendations regarding the suspension of activities pending consultation, the Committee wishes to state that it is clearly not a court of law and as a result cannot issue injunctions or provisional measures. It notes that, in the cases in which it made a recommendation that has been interpreted as such, it had been communicating with the countries concerned for a number of years requesting them to take the necessary measures to consult the indigenous and tribal peoples concerned in accordance with the provisions of the Convention.” Report CEACR – ILC, 100 th Session, 2011.

### 3.3.2. O regime de proteção dos direitos humanos e os povos indígenas

O regime internacional de direitos humanos, tanto no âmbito universal das Nações Unidas como nos sistemas regionais, apresentam poucas regras que lidam especificamente com os povos indígenas. Nesse sentido, a paulatina construção dos direitos dos povos indígenas no âmbito desses sistemas decorreu da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, de natureza genérica, pelos denominados *treaty bodies* previstos nos diversos instrumentos normativos que compõem o regime internacional de direitos humanos. Analisamos, em um primeiro momento, os direitos dos povos indígenas assegurados nos tratados internacionais celebrados no âmbito das Nações Unidas, aqui qualificado como regime universal, e os direitos como conferidos nos sistemas regionais, em especial o sistema interamericano e africano.

#### 3.3.2.1 O regime universal de proteção dos direitos humanos

Sob o patrocínio das Nações Unidas, hoje o regime internacional de direitos humanos conta com considerável número de tratados internacionais destinados à proteção dos indivíduos, estabelecendo ainda dispositivos institucionais para canalizar demandas individuais envolvendo casos concretos.

A espinha dorsal do regime universal gira entorno do que se denomina a “Carta Internacional de Direitos” (*International Bill of Rights*), composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), celebrada em 1948, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos datados de 1966, com entrada em vigor em 1976. Nem a DUDH nem os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos fazem qualquer referência aos povos indígenas, embora o PIDCP se refira às minorias.<sup>272</sup> Ainda que esses instrumentos prevejam, de forma genérica, os direitos humanos reconhecidos no âmbito internacional, eles tornaram-se a base sobre a qual se construiu um conjunto de regras protetivas aos povos indígenas

Como vimos, o Comitê de Direitos Humanos (CDH), além da competência para avaliar os relatórios periódicos submetidos pelos Estados partes e para fazer recomendações gerais sobre a aplicação do tratado, o Primeiro Protocolo Facultativo ao

---

<sup>272</sup> ODELLO (2012). Ver 3.2.1 *supra*.

PIDCP prevê a possibilidade de apresentação de comunicações por indivíduos contra os Estados partes. É justamente no âmbito da análise das reclamações individuais que o Comitê tem formado um regime de proteção dos direitos dos povos indígenas no sistema universal, como analisaremos a seguir.

Na afirmação dos direitos indígenas no âmbito do sistema universal de proteção, além do papel que o CDH tem exercido, destaca-se também a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e o protagonismo do Comitê por ela criado para lidar com questões indígenas. Contudo, de maneira distinta do PIDCP, o papel do Comitê sobre a Eliminação de Discriminação Racial tem recaído principalmente sobre os relatórios periódicos pelos Estados.

Se o PIDCP e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial têm sido os principais parâmetros normativos do regime internacional de direitos humanos para a proteção dos povos indígenas, isso não quer dizer que outros tratados internacionais de direitos humanos e órgãos de proteção não tenham endereçado a questão.

Mencione-se, por exemplo, a previsão na Convenção dos Direitos da Criança, quanto à necessidade de se levar em conta as diferenças linguísticas da criança indígena nos meios de comunicação (art. 17, 'd') ou o art. 30, que particulariza o art. 27 do PIDCP para a questão da criança indígena.<sup>273</sup> O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também tem apresentado manifestações, ainda que esparsas, sobre a aplicação dos direitos humanos aos povos indígenas.

Contudo, o CDH e o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial são os órgãos de tratados que mais ativamente têm se debruçado sobre a definição dos direitos humanos para alcançar a proteção dos povos indígenas, e é sobre eles que nos detemos no próximo item.

---

<sup>273</sup> Assim dispõe o art. 30: “Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.” A respeito do tema, o Comitê sobre os Direitos da Criança, *treaty-body* instituído pela Convenção sobre os Direitos da Criança, editou o Comentário Geral n. 11 sobre crianças indígenas.

### 3.3.2.1.1 Os povos indígenas na prática dos *treaty-bodies*

*Treaty-body* ou *treaty-bodies*, no plural, é o termo em inglês utilizado para descrever os órgãos instituídos no âmbito das Nações Unidas pelos tratados internacionais de direitos humanos responsáveis pela supervisão do cumprimento das obrigações nele previstas. A competência para apreciar as comunicações individuais decorre algumas vezes da ratificação de um protocolo facultativo a um tratado principal (como é o caso do PIDCP e do PIDESC), mas pode também se originar do reconhecimento concomitante ou posterior à ratificação de um tratado (é o caso, por exemplo, da Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra Desaparecimento Forçado).

O CDH, *treaty-body* instituído pelo PIDCP, tem atuado no sentido da proteção dos direitos dos povos indígenas tanto ao apreciar os relatórios encaminhados pelos Estados partes como no exame das comunicações individuais, nos casos em que o Estado acusado ratificou o Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP. No entanto, é principalmente na análise das comunicações individuais que o CDH tem construído e sustentado os fundamentos para a proteção dos povos indígenas no âmbito do regime de direitos humanos.

Como vimos anteriormente, o principal parâmetro normativo utilizado pelo CDH recai sobre o art. 27 do PIDCP<sup>274</sup>. Apesar da divisão dos principais tratados de direitos humanos em um “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos” e outro em “Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, em verdade, o art. 27 do PIDCP passou a ser lido como uma das mais importantes cláusulas de proteção dos direitos culturais no regime de direitos humanos.

A partir da interpretação desse dispositivo e sua aplicação a casos individuais, o CDH construiu diversas regras protetivas voltadas à cultura, território e direitos de participação dos povos indígenas, ainda que sempre a partir de demandas de natureza individual. Nesse sentido, a proteção da cultura pelo art. 27 se tornou um dos principais

---

<sup>274</sup> O art. 27 apresenta o seguinte texto: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

fundamentos para a articulação dos interesses indígenas no âmbito do sistema universal (XANTHAKI, 2007, p. 200-204; THORNBERRY, 2002, P. 151-172).

Desde o primeiro caso que chegou ao CDH envolvendo o direito de uma mulher indígena em se ver reintegrada em sua comunidade (*Sandra Lovelace v. Canadá*<sup>275</sup>) até o último caso publicado em que pela primeira vez o Comitê reconheceu a necessidade de obter o consentimento informado para obras de infra-estrutura (*Ángela Poma Poma v. Peru*<sup>276</sup>), ambos os casos expostos anteriormente, esse comitê desenvolveu amplamente o direito internacional de proteção dos povos indígenas dentro do discurso do sistema universal de proteção dos direitos humanos.

Como aponta MacKay,

O CDH tem interpretado o art. 27 para incluir os “direitos das pessoas, em comunidade com outras, em engajar nas atividades econômicas e sociais que são parte da cultura da comunidade a que pertencem”. Ao chegar a essa conclusão, o CDH reconhece que a subsistência dos povos indígenas e outras atividades econômicas tradicionais são uma parte integral de sua cultura, e uma interferência substancial nessas atividades pode ocorrer em detrimento da integridade e sobrevivência cultural. Por consequência, a terra, a base de recursos e o meio ambiente também demandam proteção se as atividades de subsistência são tidas como valores a serem preservados. (MACKAY, 2001, p. 12 – tradução nossa)

Outro importante *treaty-body* que tem desempenhado uma importância central no desenvolvimento dos direitos dos povos indígenas no âmbito do sistema universal de proteção é o Comitê sobre a Eliminação de Discriminação Racial (CEDR). Embora esse comitê não tenha desenvolvido uma jurisprudência tão abundante quanto a do CDH voltada a casos individuais, ele tem contribuído significativamente para a consolidação de um regime protetivo internacional. A partir da análise dos relatórios periódicos encaminhados pelos Estados partes, em cumprimento às obrigações assumidas, o CEDR tem avaliado e frequentemente provocado os governos para indicarem a política adotada em relação aos povos indígenas e, caso não estejam de acordo com as diretrizes

<sup>275</sup> CCPR/C/13/D/24/1977. Communication n. 24/1977. Ver comentários em 3.2 *supra*.

<sup>276</sup> CCPR/C/95/D/1457/2006. Communication n. 1457/2006. Decisão final adotada em 27 mar 2009.

traçadas, recomendando aos Estados que modifiquem e implementem uma política pública mais consistente voltada a essas comunidades.<sup>277</sup>

Mas qual diretriz deve servir como parâmetro para a avaliação do cumprimento pelos Estados quanto às obrigações assumidas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial? O CEDR emitiu a Recomendação Geral n. 23<sup>278</sup>, datada da 51ª sessão do CEDR em 1997, determinando regras a serem observadas especificamente aos povos indígenas de modo a protegê-los contra a discriminação.<sup>279</sup> Em especial, cumpre transcrever os itens 4 a 6, que dizem respeito aos direitos garantidos na Convenção e o dever de os Estados informarem as práticas adotadas com vistas a cumpri-los:

Em particular, o Comitê convoca os Estados partes para:

- (a) Reconhecer e respeitar a cultura, história, linguagem e estilo de vida distintos dos povos indígenas como um fator de riqueza da identidade cultural do Estado e a promover sua preservação;
- (b) Garantir que os membros dos povos indígenas são livres e iguais em dignidade e direitos e livres de qualquer discriminação, principalmente aquelas relacionadas à sua origem ou identidade indígena;
- (c) Oferecer aos povos indígenas com condições permissivas para um desenvolvimento econômica e socialmente sustentável compatível com suas características culturais;
- (d) Garantir que os membros dos povos indígenas possuam direitos iguais em respeito à participação efetiva na vida pública e que nenhuma decisão diretamente relacionada a seus direitos e interesses sejam tomadas sem o seu consentimento informado;
- (e) Garantir que as comunidades indígenas possam exercer seus direitos em praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais e preservar e praticar suas línguas.<sup>280</sup>

<sup>277</sup> Ver, por exemplo, as observações conclusivas apresentadas sobre os relatórios da Nova Zelândia (CERD/C/NZL/CO/18-20), adotado em fev. 2013; Belize (CERD/C/BLZ/CO/1), adotado em ago. 2012; Equador (CERD/C/ECU/CO/20-22), adotado em ago. 2012, entre outros.

<sup>278</sup> CERD/ A/52/18, anexo V. Essa recomendação foi adotada na 51ª sessão do CERD, em 18/08/1997

<sup>279</sup> Para uma análise e comparação entre o CERD e a Declaração, ver THORNBERRY (2011).

<sup>280</sup> No original: “4. *The Committee calls in particular upon States parties to: (a) Recognize and respect indigenous distinct culture, history, language and way of life as an enrichment of the State's cultural identity and to promote its preservation; (b) Ensure that members of indigenous peoples are free and equal in dignity and rights and free from any discrimination, in particular that based on indigenous origin or identity; (c) Provide indigenous peoples with conditions allowing for a sustainable economic and social development compatible with their cultural characteristics; (d) Ensure that members of indigenous peoples have equal rights in respect of effective participation in public life and that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent; (e)*



5. O Comitê especialmente convoca os Estados partes a reconhecer e proteger os direitos dos povos indígenas em possuir, desenvolver, controlar e usar suas terras, territórios e recursos comunais e, quando privados de suas terras e territórios tradicionalmente possuídas ou habitadas ou usadas sem o seu consentimento livre e informado, em tomar medidas para devolver essas terras e territórios. Apenas quando isso for impossível por razões factuais, o direito à restituição deve ser substituído pelo direito à compensação justa, limpa e imediata. Tal compensação deverá ser na forma de terras e territórios na medida do possível.

6. O Comitê ainda convoca os Estados partes com povos indígenas em seus territórios a incluir no seu relatório periódico informação completa sobre a situação de tais povos, levando em consideração todos os dispositivos relevantes da Convenção. (tradução nossa)

Em suma, são esses os principais parâmetros normativos e práticas utilizadas pelos órgãos de direitos humanos pertencentes ao sistema universal com o fito de proteger os direitos dos povos indígenas. Cumpre agora examinar como têm sido articulado os direitos dos povos indígenas no âmbito dos sistemas regionais, com especial atenção ao sistema interamericano.

### 3.3.2.2. Os regimes regionais de proteção dos direitos humanos e os povos indígenas

A Corte Interamericana vêm construindo uma jurisprudência amigável à proteção de povos indígenas e tribais. O ponto de partida para essa guinada à defesa dos direitos coletivos pode ser identificado no *leading case* *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*.<sup>281</sup> Nesse caso, a Nicarágua havia concedido a uma

---

*Ensure that indigenous communities can exercise their rights to practise and revitalize their cultural traditions and customs and to preserve and to practise their languages. 5. The Committee especially calls upon States parties to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources and, where they have been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return those lands and territories. Only when this is for factual reasons not possible, the right to restitution should be substituted by the right to just, fair and prompt compensation. Such compensation should as far as possible take the form of lands and territories. 6. The Committee further calls upon States parties with indigenous peoples in their territories to include in their periodic reports full information on the situation of such peoples, taking into account all relevant provisions of the Convention."*

<sup>281</sup> Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Para análise do caso, ver também TRINDADE, 2009, p. 485-487.

determinada empresa a concessão para a extração de madeiras em terras comunais da Comunidade Awas Tingni, formada por indígenas da etnia Mayagna ou Sumo, situada na Costa Atlântica da Nicarágua<sup>282</sup>. A principal questão nesse caso era a concessão estatal de exploração madeireira sobre terras indígenas que sequer haviam sido demarcadas e titularizadas às comunidades indígenas. Em sua sentença, a Corte determinou que o Estado “deverá delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni...” (parágrafo 4).

Na sentença, a Corte reconheceu direitos coletivos sobre a terra tradicionalmente utilizada pela Comunidade Awas Tingni e, portanto, determinou ao Estado nicaraguense a delimitação e titularização daquelas terras àquela comunidade. Não houve violação de direitos individuais, e o caso encaminhado pela Comissão Interamericana não tratou de uma denúncia de caráter individual. Sob todos os aspectos, o que a Corte fez foi determinar ao Estado a realização de um direito coletivo de caráter territorial.

O Pacto de San José da Costa Rica, como o PIDCP e o PIDESC, não trata de direitos de natureza coletiva – não, ao menos, expressamente. Ao contrário dos Pactos Internacionais, nem sequer o direito à autodeterminação nele figura como um direito específico. Qual, portanto, seria o parâmetro normativo utilizado pela Corte para reconhecer esse direito coletivo à titularização das terras?

A Corte proferiu sua decisão com fundamento no art. 21 da Convenção Americana, que protege a propriedade privada.<sup>283</sup> Embora, à primeira vista, não se possa compreender como esse dispositivo poderia proteger a propriedade comunal ou coletiva sobre a terra, formulou a Corte:

146. Os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm sentidos autônomos, de modo que não podem ser equiparados ao sentido que lhes é atribuído no direito interno. Ademais, estes tratados de direitos humanos são instrumentos

---

<sup>282</sup> Sobre um histórico dos problemas relacionados à Costa Atlântica da Nicarágua, ver HANNUM, 1996. P. 203-225

<sup>283</sup> Assim afirma o artigo 21: “Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.”

vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições de vida atuais.

Assim, a Corte, por meio de uma “interpretação evolutiva”, entendeu que o art. 21 também tem o escopo de proteger a propriedade num sentido que abrange “os direitos dos membros das comunidades indígenas no marco da propriedade comunal”, isto é, alcança também a “propriedade coletiva da terra”.

Como observa Anaya (2004, p. 267),

Especialmente no caso *Awas Tingni*, a Corte Interamericana seguiu os passos da comissão em avançar uma aplicação progressiva dos instrumentos interamericanos, uma aplicação que leva em conta os fatores contextuais e um conjunto de desenvolvimentos normativos envolvendo povos indígenas. (tradução nossa)<sup>284</sup>

Contudo, RODRÍGUEZ-PIÑERO anota que essa abordagem de incorporar uma dimensão coletiva e cultural à tradição clássica ocidental a respeito do direito de propriedade teria provavelmente chocado as mentes liberais dos formuladores originais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2011). A partir dessa paradigmática decisão, proferida pela Corte em 2001, as portas do sistema interamericano foram abertas para o recebimento de denúncias de caráter coletivo. E não foram poucas as que chegaram até à apreciação da Corte.

Em junho de 2005, a Corte Interamericana proferiu sentença no caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Nesse caso, alegou-se a violação à Convenção Interamericana pelo fato de existir uma reivindicação territorial da Comunidade indígena Yakye Axa do Povo Enxet-Lengua ao Estado paraguaio e, em razão da insatisfatoriedade da solução, a comunidade estaria num estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, o que ameaçaria sua própria sobrevivência e integridade.

Na sentença, a Corte considerou, além da inobservância de um prazo razoável no processo administrativo de reivindicação de terras, que o Estado paraguaio não adotou as medidas adequadas de direito interno necessárias para a garantia do uso e gozo efetivo dos membros da comunidade indígena, e, assim, ameaçou o livre

---

<sup>284</sup> No original: “In the *Awas Tingni* case especially, the inter-American Court followed the commission’s lead in advancing a progressive application of the inter-American instruments, one that takes into account contextual factors and a range of normative developments concerning indigenous peoples.”

desenvolvimento e transmissão de sua cultura e práticas tradicionais. A Corte considerou ainda a violação do direito à vida pelo fato de o Estado ser responsável por uma situação que deteriorou as condições de vida dos membros da comunidade, bem como por não ter prestado adequada assistência médica e sanitária que poderia ter prevenido a morte de diversos de seus integrantes. Além de condenar o Estado paraguaio em uma indenização por danos materiais e morais, também determinou que fosse identificado e entregue o território tradicional daquela comunidade indígena.

Outro caso relevante envolvendo povos indígenas refere-se ao Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, proferido pela corte em 29 de março de 2006.<sup>285</sup> Como nos casos anteriores, a Corte reafirmou seu entendimento quanto à necessidade de proteção da propriedade comunal ou coletiva dos povos indígenas.

Por fim, mencione-se ainda o caso do povo Saramaka contra o Suriname e do povo Sarayaku contra o Equador. Por esses dois casos envolverem diretamente os direitos de participação, eles serão descritos e analisados no capítulo 4.

São essas, portanto, as decisões proferidas pela Corte no momento da elaboração desse estudo que confirmam o seu protagonismo como um tribunal internacional voltado à proteção dos povos indígenas.

Relembre-se que um dos principais dispositivos utilizados para a sua proteção é o art. 21 da Convenção Interamericana, que trata dos direitos de propriedade. A Corte Interamericana entendeu, a partir do Caso da Comunidade Awas Tingni, que a interpretação evolutiva por ela realizada decorre do caráter vivo dos tratados de direitos humanos. Essa interpretação está respaldada pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que, em seu art. 31, parágrafo 3º, admite uma interpretação de acordo com o desenvolvimento do direito internacional, e não meramente originalista.

Nas palavras da Corte,

161. Em outras oportunidades, este Tribunal salientou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento. Essa interpretação evolutiva é compatível com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesse sentido, esta Corte tem afirmado que, ao interpretar um tratado, não só se

---

285 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

levam em conta os acordos e instrumentos com ele formalmente relacionados (artigo 31.2 da Convenção de Viena), mas também o sistema no qual se inscreve (artigo 31.3 do mesmo instrumento).<sup>286</sup>

A Corte, portanto, tem atuado para a proteção dos direitos dos povos quanto ao uso dos direitos coletivos sobre a terra e para garantir o direito de serem consultados a respeito de medidas governamentais que afetem seus interesses.

Como apontam Buergenthal, Shelton & Stewart (2009, p. 319),

Uma série de casos envolvendo os direitos dos povos indígenas e tribais às suas terras e recursos tem resultado não apenas no reconhecimento de direitos de propriedade coletiva aos territórios em questão, mas também comanda que o Estado correspondente garanta os direitos dos povos indígenas e tribais a serem informados e a participarem em decisões sobre os usos e benefícios derivados dos recursos de suas terras, incluindo o direito do consentimento prévio informado sobre qualquer significativo projeto de desenvolvimento que afetaria suas terras e recursos. A Corte tem reiterado nesses casos que os povos indígenas e tribais, compartilhando características semelhantes, têm o direito a medidas especiais sob o direito internacional à garantia do pleno exercício de seus direitos. (tradução nossa)

A tendência é que a Corte Interamericana continue a se manifestar a respeito de direitos dos povos indígenas e tribais. Somente em 2013 e 2014, até novembro do corrente mês, a Comissão Interamericana encaminhou quatro casos sobre o tema para a apreciação da Corte: o caso da Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz y seus membros v. Honduras (Caso n. 12.548)<sup>287</sup>, Povos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano e seus membros v. Panamá (Caso n. 12.354)<sup>288</sup>, Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros v. Honduras<sup>289</sup> e Pueblos Kaliña y Lokono vs.

---

<sup>286</sup> Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Serie C No. 245. Parágrafo 161.

<sup>287</sup> Informativo n. 21/2013 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/021.asp>. Acesso em 25 mai 2013.

<sup>288</sup> Informativo n. 22/2013 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/022.asp>. Acesso em 25 mai 2013.

<sup>289</sup> Informativo n. 76/2013 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/076.asp>. Acesso em 04 nv 2014.

Suriname<sup>290</sup>. Esses casos envolvem direitos coletivos sobre propriedades comunais ou coletivas de povos indígenas e tribais.

É interessante observar que esse “ciclo de casos” envolvendo povos indígenas no âmbito do sistema interamericano iniciou, primeiramente, com o objetivo de demarcar os direitos territoriais. Contudo, prontamente a Corte se deparou, como apreciado no próximo capítulo, com o fato de que o exercício desses direitos territoriais, ou de propriedade coletiva, somente fazem sentido quando também reconhecido o direito desses povos opinarem e deliberarem a respeito do uso da terra e dos recursos que nela se encontram. Como aponta WIESSNER, “Honrar os direitos territoriais dos povos indígenas é o primeiro passo em direção à preservação de sua cultura. O próximo passo é respeitar as estruturas de tomada de decisão em comunidades que chamamos orgulhosamente de ‘democráticas.’”<sup>291</sup> (WIESSNER, 2012, p. 34)

Com isso, não se quer dizer que o fato dessas demandas serem ventiladas por meio de um sistema constituído pelo direito internacional não enfrenta problemas quanto à sua aplicação. Porém, embora reconhecendo as limitações enfrentadas quanto ao cumprimento da decisão da Corte e sua possibilidade de transformação da vida das comunidades afetadas, ANAYA (2004, p. 271) reconhece sua importância:

Elas [as demandas internacionais, RSL] trazem à luz situações problemáticas, que de outra forma passariam despercebidas exceto pelos povos indígenas envolvidos; elas oferecem canais para que os povos indígenas possam confrontar autoridades estatais com suas queixas, quando os caminhos no plano doméstico revelam-se inadequados; e elas oferecem a possibilidade de modificar os termos do diálogo para que eles passem a ser pautados pela linguagem dos direitos humanos, ao invés de serem constrangidos pelos parâmetros legais existentes, e frequentemente opressivos, no nível doméstico.<sup>292</sup> (tradução nossa)

<sup>290</sup> Informativo n. 9/2014 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/009.asp> Acesso em 04 nov 2014.

<sup>291</sup> No original: “*Honoring the land rights of indigenous peoples is the first step toward preservation of their culture. The next step is to respect the structures of decision-making in communities we proudly call ‘democratic’.*”

<sup>292</sup> No original: “*They shed light on problem situations that might otherwise go unnoticed by all but the indigenous peoples concerned; they provide conduits for indigenous peoples to confront state authorities with their grievances where inadequate channels exist at the domestic level; and they provide the possibility of changing the terms of dialogue so that it is grounded in the language of human rights, rather than being constrained by the existing and often oppressive parameters of legality at the domestic level.*” (p. 271)

O sistema africano, embora não apresente ainda uma jurisprudência consistente e copiosa como a que tem sido produzida pela Corte Interamericana, tem também atentado para a proteção dos povos indígenas. Pode-se mencionar o importante precedente da Comissão Africana de Direitos Humanos no caso do *povo Endorois contra o Estado queniano*<sup>293</sup>. Nesse caso, a Comissão africana fez uma extensa referência à decisão da Corte – especialmente ao caso Saramaka – quanto ao reconhecimento dos direitos de um agrupamento culturalmente distinto e do seu correspondente direito à propriedade coletiva. Como se denota de seu teor, a decisão da Corte Interamericana significou um relevante subsídio para que a Comissão admitisse o pleito do povo Endorois.

Compreendido o cenário favorável que o regime de direitos humanos tem possibilitado à verbalização de demandas dos povos indígenas, cumpre examinar o sub-regime em formação que está em constituição no âmbito das Nações Unidas,

### 3.3.3. *O emergente sub-regime no âmbito das Nações Unidas*

Por fim, como o último do que aqui denominamos de sub-regimes jurídicos internacionais de proteção dos povos indígenas, mencionamos um regime que está em vias de construção. Até mesmo o seu principal parâmetro normativo – a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas – não possui uma definição segura quanto ao seu *status* normativo, como vimos no capítulo anterior. As instituições que associamos a esse regime – em realidade, órgãos que integram a estrutura das Nações Unidas – são relativamente recentes e, salvo instrumentos informais ou de baixa institucionalização, não possuem capacidade para monitorar e fazer cumprir a Declaração. Uma vez que a análise da Declaração foi antecipadamente analisada nesse trabalho na seção 2.2.1 *supra*, passamos imediatamente ao exame dos mecanismos institucionais de proteção constituídos no âmbito desse regime.

---

<sup>293</sup> 276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council)/Kenya.

### 3.3.3.1. Mecanismos institucionais de proteção

Nesse regime onusiano de proteção dos povos indígenas, em franca movimentação, três instituições se destacam: o Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, vinculados ao ECOSOC; o Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas e a Relatoria Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas, esses últimos ligados ao Conselho de Direitos Humanos,.

À primeira vista, poder-se-ia compreender que os dois últimos mecanismos – o Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas (*Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*) e a Relatoria Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas – estivessem integrados no regime de direitos humanos, tratados anteriormente, e não nesse terceiro sub-regime identificado. Contudo, o seu posicionamento dentro desse último regime decorreu do que constatamos ser o principal referencial normativo por eles utilizado: a preferência pela Declaração e a linguagem dos direitos especificamente constituída a partir desse regime. Termos como “autodeterminação”, “participação”, “consentimento livre, prévio e informado” são o mote que informam os documentos e análises produzidos por esses órgãos.

Outro fator para essa distinção reside na própria localização do discurso dos direitos humanos por esses órgãos. Se a Relatoria Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas figura como provavelmente o mais alinhado desses órgãos com o discurso dos direitos humanos (ainda que mais em afirmação do que em conteúdo, haja vista que os parâmetros utilizados são o da Declaração, com limitada referência aos instrumentos do regime de direitos humanos), o Mecanismo Especialista tem cada vez mais se fundado preferencialmente na linguagem da Declaração.

Nesse ponto, é importante destacar que, por vez, o movimento de reivindicação de direitos dos povos indígenas busca se distanciar do discurso dos direitos humanos e construir um discurso próprio. Dessa forma, tenta deslocar que temas afetos aos interesses indígenas sejam tratados pura e simplesmente como uma questão de direitos humanos.<sup>294</sup>

---

<sup>294</sup> Por exemplo, WATSON & VENNE (2012) criticam a Declaração por deslocar os direitos dos povos indígenas enquanto povos na Declaração para os submeterem como objetos de questões de direitos humanos. Como testemunhas do processo de formação da Declaração, afirmam, de maneira contundente: “When the Declaration drafting was initiated by Indigenous Peoples we were lobbying not for human rights but for recognition of our rights as peoples. Why would we develop a separate and distinct set of human rights standards?(...) In an important way, human rights diminish the collective rights of



Contudo, deve-se destacar que as fronteiras entre o regime de direitos humanos e o regime de direito dos povos indígenas no âmbito da ONU não são rígidas e inflexíveis, ocorrendo uma interpenetração e uma troca constante e recíproca. Por exemplo, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos *treaty-bodies* do sistema universal são frequentemente referidas para se fazer avançar e legitimar um argumento por esses mecanismos institucionais.<sup>295</sup> Da mesma forma, a Declaração influencia, e é influenciada, pelo regime universal e regional. O que se pretende destacar aqui são os diferentes parâmetros normativos utilizados (no caso do regime geral de direitos humanos, os tratados internacionais de direitos humanos gerais; no sistema em formação, a Declaração), bem como a especificidade institucional (os *treaty-bodies* são direcionados para uma série de questões envolvendo os direitos humanos que ultrapassam o foco indígena; nesse regime em formação, os mecanismos institucionais possuem o seu mandato restrito ao estudo e exame dos direitos indígenas).

São as seguintes atribuições dos três mecanismos institucionais mencionados:

a) Fórum Permanente sobre Questões Indígenas – o Fórum Permanente figura como um órgão consultivo ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC, conforme o acrônimo em inglês) com atribuição de discutir questões indígenas relacionadas ao desenvolvimento econômico e social, cultura, meio ambiente, educação, saúde e direitos humanos.

De acordo com a Resolução E/2000/22 do ECOSOC, de julho de 2000, o Fórum Permanente tem competência para:

(i) oferecer consulta e recomendações especializadas sobre questões indígenas ao Conselho, bem como aos programas, fundos e agências das Nações Unidas por meio do Conselho;

(ii) ampliar a atenção e promover a integração e coordenação das atividades relacionadas a questões indígenas dentro do Sistema das Nações Unidas;

(iii) Preparar e disseminar informação sobre questões indígenas.

O Fórum Permanente se reúne anualmente em uma sessão de duas semanas desde 2002.

---

Indigenous Peoples because they concern individuals within the paradigm of the particular state.(...) Human rights applied universally also have the capacity to negate the indigenous world view, in which we have both obligations as well as rights. The individual rights angle is a Western notion and has never been a good fit for Indigenous Peoples.” (WATSON & VENNE, 2012, p. 95-96)

<sup>295</sup> Ver, por exemplo, os Pareceres do Mecanismo de Especialistas, em especial os de n.º 2 e 4.

O Fórum Permanente é a primeira estrutura permanente da ONU em que representantes de indígenas e de Estados estão paritariamente representados. De acordo com a resolução que o instituiu, o Fórum permanente é composto por dezesseis membros, metade eleita pelo ECOSOC a partir da indicação dos governos e a outra metade nomeado pelo Presidente do ECOSOC a partir da indicação dos povos indígenas.

b) o Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas – Estabelecido pela Resolução n. 6/36 do Conselho de Direitos Humanos, de dezembro de 2007, esse órgão subsidiário do Conselho de Direitos Humanos tem a atribuição de fornecer ao Conselho conhecimentos especializados relacionados tematicamente aos direitos dos povos indígenas, com foco em estudos e recomendações baseadas em pesquisas. O Mecanismo de Especialistas também pode sugerir propostas ao Conselho para sua consideração e aprovação.

c) Relatoria Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas – a extinta Comissão sobre Direitos Humanos decidiu indicar em 2001 um Relator Especial sobre direitos dos povos indígenas, como parte de um sistema de Procedimentos Especiais temáticos. O mandato do Relator Especial foi renovado pela Comissão em 2004 e em 2007 pelo Conselho de Direitos Humanos. De acordo com a Resolução 6/12 do Conselho de Direitos Humanos, para o cumprimento de seu mandato, o Relator Especial deve, entre suas principais competências:

(i) examinar as formas e meios de superar os obstáculos existentes para a integral e efetiva proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, e identificar, trocar e promover as melhores práticas;

(ii) reunir, requerer, receber e trocar informação e comunicações de todas as fontes relevantes, incluindo governos, povos indígenas e suas comunidades e organizações, sobre violação de seus direitos humanos e liberdades fundamentais;

(iii) formular recomendações e propostas sobre medidas apropriadas e atividades para prevenir e remediar violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas;

(iv) desenvolver um diálogo cooperativo regular com todos os atores relevantes, incluindo governos, órgãos, agências especializadas e programas relevantes das Nações Unidas, bem como povos indígenas, organizações não-governamentais e

outras instituições regionais ou sub-regionais, incluindo a possibilidade de cooperação técnica a pedido dos Governos<sup>296</sup>;

(v) promover a Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas e instrumentos internacionais relevantes ao progresso dos direitos dos povos indígenas, quando apropriado.

Um desafio desses órgãos – em especial, do Mecanismo Especialista e do Fórum Permanente – é conseguir manter o interesse aceso pela temática indígena no âmbito das Nações Unidas, mesmo após a sua institucionalização, evitando-se assim se tornarem o que WATSON & VENNE (2012, p. 108) convencionaram chamar de “espaços de gueto” dentro do aparato da ONU.

Em suma, são esses os três principais mecanismos institucionais existentes nesse regime em formação que se desenvolve no âmbito do Sistema ONU. No capítulo seguinte, investigamos como os direitos de participação têm sido disciplinados e interpretados no âmbito de cada regime.

---

<sup>296</sup> Sobre um exemplo do papel decisivo do Relator especial para a resolução de um problema, ver BURGUER, 2011, p. 53-54.

## **4 DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL**

Esse capítulo apresenta um estudo do conteúdo normativo dos direitos de participação à luz dos instrumentos internacionais e da prática dos órgãos internacionais responsáveis pela sua aplicação. Nesse sentido, esse capítulo apresenta uma abordagem histórica e normativa, ao identificar a construção histórico-legal dos direitos de participação dos povos indígenas a partir da segunda metade do século XX, assim como a compreensão do conteúdo desses direitos e as limitações e as fragmentações de seu reconhecimento pelos distintos sub-regimes jurídicos de proteção dos povos indígenas.

Embora os direitos de participação possam ser compreendidos em um sentido mais amplo, incluindo, por exemplo, cotas ou assentos reservados em parlamentos nacionais a indígenas, buscamos aqui analisá-los em seu sentido mais restrito: o direito de comunidades indígenas interessadas em serem consultadas sobre políticas e atividades econômicas que afetem suas terras e seus recursos naturais.

Assim, para fins desse trabalho, consideramos direitos de participação aqueles reconhecidos em instrumentos internacionais que conferem aos povos indígenas os direitos de participarem em processos decisórios que resultem em medidas estatais – em especial, de caráter administrativo e legislativo – capazes de afetar diretamente os seus interesses. De modo a oferecer um marco conceitual simplificado, entendemos que os direitos de participação constituem-se enquanto gênero, podendo ser subdivididos no direito à consulta e no direito ao consentimento prévio, livre e informado. Embora essas subdivisões apresentem fronteiras que nem sempre são rígidas e claras, elas possibilitam ao menos indicar uma diferença qualitativa: enquanto o direito à consulta tem como finalidade permitir aos povos indígenas serem ouvidos nos processos decisórios e que sua manifestação seja ouvida de boa-fé pelos Estados, o direito ao consentimento, na versão mais forte dos direitos de participação, condiciona a implementação da política pública a uma concordância qualificada (prévia, livre e informada) do povo indígena afetado. Assim, tratam-se, em realidade, de direitos similares, cuja variação se encontra mais na profundidade do direito em que são conferidos do que em seus propósitos.

Embora os direitos de participação possam ser reconhecidos diretamente em ordenamentos jurídicos nacionais, nossa investigação recai sobre aqueles previstos em instrumentos internacionais. Nesse ponto, ainda que o caráter normativo vinculante da Declaração não seja evidente, também examinaremos a maneira como ela propõe os

direitos de participação e como jurisprudência e estudos realizados pelos órgãos internacionais têm lido tais direitos. Assim, além da análise dos instrumentos internacionais em que eles se encontram estabelecidos, a atenção concentra-se também na leitura que dele tem sido feita pelos órgãos responsáveis pelo monitoramento e aplicação de tais instrumentos.

Os direitos de participação têm sido disciplinados e regulamentados de maneira distinta, conforme os textos normativos em que se baseiam e de acordo com a prática jurisprudencial dos órgãos de aplicação. Embora presentes nos três sub-regimes de proteção dos povos indígenas identificados no capítulo anterior, o seu conteúdo e as consequências jurídicas do exercício desses direitos têm sofrido certa variação, de acordo com qual sub-regime se examine. Os três sub-regimes considerados, convém lembrar, são: o da OIT, protagonizado pela Convenção n. 169; o regime de direitos humanos, baseado em distintos tratados, mas com proeminência do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD) e, no âmbito regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); e o sub-regime das Nações Unidas, fundado na Declaração.

Embora não se possa considerar propriamente uma questão de evolução histórica, já que os tratados e a Declaração vigem contemporaneamente, cada regime regulamenta os direitos de participação com certa extensão e profundidade e, como pretendemos deixar evidenciado nesse capítulo, há visível aprofundamento na Declaração, mais recente (2007), quando comparado com a Convenção n. 169 da OIT, que data de 1989.

Os direitos de participação, na perspectiva desses sub-regimes, referem-se principalmente aos modos de exercício dos direitos de participação dos povos indígenas em relação aos Estados. Contudo, não podemos ignorar que diversas organizações internacionais também estabelecem certas modalidades de direitos de participação relacionadas à implementação de suas próprias políticas. Essa disciplina será também referida nesse capítulo, ainda que resumidamente, tanto por possuir uma correlação com os direitos de participação exigidos em face dos Estados, como por servir muitas vezes como parâmetro dos direitos de participação.

Por fim, concluímos o capítulo abordando se os direitos de participação são também sintomas de um direito internacional fragmentado, e se leituras distintas por

distintos órgãos internacionais, baseados em diferentes instrumentos internacionais, podem enfraquecer ou conduzir a uma tensão intersistemática sobre os direitos de participação.

#### 4.1. FORMAÇÃO DOS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

##### *4.1.1 Direitos territoriais como condição sine qua non dos direitos de participação*

Entre os direitos dos povos indígenas reconhecidos no direito internacional, o direito à terra e ao território ganha certa proeminência. É na sua relação com o território que os povos indígenas mantêm e preservam suas tradições culturais e seu estilo de vida, bem como é a partir dessa relação que exercem a atividade econômica necessária para sustentar sua comunidade. Direitos territoriais são vistos, portanto, como essenciais para a preservação física e cultural dos povos indígenas<sup>297</sup>.

Como aponta SCHULTE-TENCKHOFF (2012), a preservação das terras tradicionais é um aspecto fundamental para a sobrevivência dos povos indígenas enquanto grupo social distinto da sociedade dominante, ainda mais quando se tem em mente o impacto do desenvolvimento industrial decorrente de atividades extrativas realizadas sobre terras indígenas. O reconhecimento do vínculo de um povo indígena a determinado território é percebido como uma condição preexistente ao reconhecimento de qualquer outro direito.<sup>298</sup> Como aponta Odello, “para as culturas indígenas, a terra dos ancestrais é uma fonte de vida e por conseguinte uma parte essencial de sua identidade.” (ODELLO, 2011, p. 117)<sup>299</sup>

Inevitável, portanto, que os direitos de participação estejam muitas vezes relacionados aos denominados direitos territoriais dos povos indígenas. Os direitos de participação se tornam sobressalentes quando há alguma medida governamental – seja direta ou mediante autorização de atividades por agentes privados – capaz de interferir

---

<sup>297</sup> Ver ROMBOUTS, 2014, p. 66.

<sup>298</sup> Ver nesse sentido WATSON & VIENNE, 2012, p. 101.

<sup>299</sup> No original: “For indigenous cultures, the land of their ancestors is the source of life and therefore an essential part of their identity.”

com o equilíbrio então existente ou de causar uma ruptura no modo como o território vem sendo manejado por determinado povo indígena.

Nesse sentido, uma das facetas dos direitos de participação envolve o direito de se manifestar principalmente a respeito de medidas que afetem a terra, ainda que sua aplicação possa ser extrapolada igualmente para aspectos relacionados às políticas públicas (como, por exemplo, saúde<sup>300</sup> e educação) e bens culturais.

Como argumenta LÂM (2009), a sobrevivência da cultura indígena está diretamente ligada às terras e aos recursos nela existentes, daí a legitimidade de sua reivindicação em reclamar a terra e exercer sobre ela determinado controle.<sup>301</sup>

Os direitos de participação mostram-se relevantes na medida em que possibilitam aos povos indígenas exercer esse tipo de controle sobre seu território e recurso, podendo influenciar as decisões governamentais capazes de afetar seu estilo de vida.

#### 4.1.2 Direitos de participação: gênese

Como vimos no primeiro capítulo, a necessidade do consentimento dos povos governados e sua relação com o direito à autodeterminação remonta ao surgimento da Liga das Nações, ainda que, naquela oportunidade, não tenha surgido auspiciosamente, diante da rejeição da normatividade dessa categoria político-legal pelos representantes dos Estados-membros da finada organização.

Contudo, essa relação ressurgiria com vigor na segunda metade do século XX e encontraria uma formulação na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e na Assembleia-Geral das Nações Unidas.

Em destaque, a ligação entre o direito à autodeterminação e o direito à consulta, ou melhor, a necessidade de se ouvir um determinado povo para a tomada de uma decisão política, pode ser identificada já no caso *Western Sahara*, em que a CIJ deu

---

<sup>300</sup> Ver, por exemplo, os comentários do CEACR a respeito de serviços de saúde comunitários para povos indígenas e a necessidade de sua plena participação e consulta nesse processo. Report of the CEACR – ILC, 97th Session, 2008. Comentários sobre o México. Ver também GLIBERT & DOLE, 2011, p. 291.

<sup>301</sup> Ver LÂM, 2009, p. 600.

ênfase e apontou a necessidade de serem escutadas as populações locais quanto ao seu destino político, diante da reivindicação territorial por dois estados.<sup>302</sup>

Assim se pronunciou a CIJ:

55. (...) Os dispositivos acima, em particular o parágrafo 2, assim confirmam e enfatizam que a aplicação do direito de autodeterminação exige uma expressão livre e genuína da vontade dos povos interessados.<sup>303</sup>

A ideia se encontra mais elaborada na declaração concorrente do juiz Nagendra Singh:

Na minha opinião, a consulta ao povo do território aguardando a descolonização é um imperativo inescapável, independentemente se o método utilizado para descolonização é integração ou associação ou independência.(...) Assim, mesmo se a integração de um território foi demandada por um Estado interessado, como é o caso, ela não pode ocorrer sem se aferir a vontade livremente expressa do povo – o verdadeiro *sine qua non* de toda descolonização.<sup>304</sup>

Com isso, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu uma relação aparentemente inexorável entre a autodeterminação e a manifestação de uma vontade coletiva pelo povo. É importante destacar que a vontade é expressa livremente pelo povo, e não pelo Estado. Ainda que o direito à autodeterminação fosse lido dentro de um contexto de descolonização, foi plantada ali a percepção de que a autodeterminação estava associada à livre manifestação coletiva, mas não necessariamente estatal.

<sup>302</sup> Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12. Nesse caso, embora se tratasse de uma opinião consultiva, Mauritânia e Marrocos reivindicavam a autoridade sobre o Saara ocidental a partir das relações políticas preexistentes ao período da colonização com as tribos que ali se encontravam. Contudo, as pretensões desses dois Estados foram rejeitadas pela CIJ, que indicou que a vontade dos habitantes deve ser tomada em conta apesar da cessão de território pela Espanha e das reivindicações históricas de Marrocos e Mauritânia. Para uma análise do caso, ver HANNUM, 1993, p. 38.

<sup>303</sup> Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12. No original: “55. (...) *The above provisions, in particular paragraph 2, thus confirm and emphasize that the application of the right of self-determination requires a free and genuine expression of the will of the peoples concerned.*”

<sup>304</sup> Ibid. No original: “*In my opinion the consultation of the people of the territory awaiting decolonization is an inescapable imperative whether the method followed on decolonization is integration or association or independence. (...) Thus even if integration of territory was demanded by an interested State, as in this case, it could not be had without ascertaining the freely expressed will of the people - the very sine qua non of all decolonization.*”



Contudo, de forma mais veemente e aplicado especificamente à categoria indígena, deve-se mencionar o papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para esboçar, ainda que rudimentarmente, alguns contornos ao direito de participação dos povos indígenas. Tratava-se de uma época em que o denominado regime institucional da ONU estava em vias de lançamento, a Convenção n. 107 da OIT se encontrava sob o fogo crítico dos movimentos indígenas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos começava a exercer, lentamente, mas de maneira ascendente, seu papel de orientação dos Estados americanos quanto às obrigações de direitos humanos.

No “*Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaraguense de origen Miskito*”<sup>305</sup>, datado de 1983, a CIDH abordou os direitos de povos indígenas e fez uma referência a direitos que podemos identificar como os rudimentos de um direito de participação.

Esse relatório tinha como propósito, em realidade, examinar uma situação concreta sob a perspectiva dos direitos reconhecidos em instrumentos internacionais de direitos humanos, muito embora não se tratasse do exame de uma comunicação individual submetida à CIDH.

O caso referia-se ao que o relatório denominou de “grupos étnicos”<sup>306</sup> Miskitos, Sumos e Ramas. Trata-se de grupos que se distinguiam em relação ao restante da sociedade nicaraguense e que se viram submetidos a novas diretrizes do governo sandinista. Por meio de uma articulação, passaram a resistir ao governo sandinista e foram considerados como uma força contrarrevolucionária que buscava, segundo a visão do governo, a secessão em relação ao Estado da Nicarágua. Embora tivesse sido alcançado um provisório acordo de paz, a ausência de definição de uma titulação legal sobre as terras e o avanço de uma proposta de reforma agrária levaram a novos conflitos entre os povos indígenas afetados e o governo sandinista. Além disso, para complicar ainda mais o cenário político, os Miskitos logo se viram envolvidos no meio de um confronto entre os sandinistas e as forças opositoras de Somoza. Nesse contexto de conflito, teria ocorrido violações de direitos humanos, daí a questão ter sido submetida à apreciação pela CIDH.

---

<sup>305</sup> OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3 29 noviembre 1983. Disponível em <http://www.cidh.org/countryrep/Miskitosesp/Indice.htm>. Acesso em 07 ago 2014. Uma análise do caso também pode ser encontrada em THORNBERRY, 2002, p. 275-278.

<sup>306</sup> Ibid., parágrafo 2.

A CIDH apreciou diversas questões relacionadas às violações de direitos, desde o direito à vida, direito à liberdade e o direito à propriedade até os direitos de residência e trânsito.

No que tange ao tema desse estudo, é interessante observar que a CIDH, ao analisar a violação dos direitos, entendeu pela impossibilidade de reconhecer aos índios Miskitos o direito à autodeterminação. Ao longo do relatório, os indígenas são qualificados pela CIDH como “grupos étnicos” ou “minorias étnicas”, evitando, portanto, reputá-los como povos. Ressaltou, contudo, que o não reconhecimento de autonomia política não implicava, por outro lado, um direito irrestrito do governo da Nicarágua em impor a assimilação total desses grupos.

A CIDH reconheceu a necessidade de um novo ordenamento institucional que buscasse oferecer condições de coexistência entre as minorias étnicas e o governo da Nicarágua, para que fossem superados os antagonismos históricos existentes e que persistiam, de forma grave, até aquela data. E, nesse momento, a CIDH afirma;

Dicho ordenamiento institucional sólo podrá cumplir eficientemente los fines asignados, en la medida en que el mismo sea **diseñado por medio de una amplia consulta y ejecutado con la directa participación de las minorías étnicas de Nicaragua, a través de sus representantes libremente designados.** (grifo nosso)

Nas recomendações finais desse Relatório, sugere-se ainda que, na realização de uma conferência entre os Miskitos e o governo da Nicarágua, fosse debatida a “participación de los miskitos y otras etnias en las decisiones a nivel nacional que puedan afectar sus intereses, así como en la administración de la región de la costa atlántica”.

Ainda que timidamente e sem referências a marcos normativos muito claros, é esse um dos principais germens do que se convencionaria denominar direitos de participação. Insta destacar que se trata de um dos primeiros reconhecimento por um órgão inserido na estrutura de um organismo interestatal. O reconhecimento oficial da necessidade de consulta – ainda que não articulada numa linguagem dos direitos do grupo – ao povos indígenas daria, dentro daquele contexto e no momento seguinte, a tônica do reconhecimento dos direitos de participação.

Em uma outra vertente, as Nações Unidas inseria na Declaração das Nações Unidas sobre Minorias a necessidade de uma consulta efetiva a esses grupos minoritários. Contudo, quando tal direito foi inserido nessa declaração, a Convenção n.º 169 já havia sido aprovada pela OIT e as discussões no Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas na ONU, que culminariam com a Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas, estavam em seu clímax.

Esses precedentes saíram não de um instrumento textual internacional, mas da prática de órgãos internacionais responsáveis pela aplicação do direito – a Corte Internacional de Justiça e a CIDH – podem ser apontados como os principais precedentes e rudimentos de uma formação do direito de participação dos povos indígenas em políticas que afetem os seus interesses.

Mas é com a Convenção n.º 169 que os direitos de participação, na sua dimensão de consulta, ganhariam uma nova forma: agora previsto em um tratado, poderiam ser invocados legitimamente como um direito reconhecido pelos Estados partes em respeitar a vontade dos povos indígenas a serem consultados.

É para a Convenção n. 169 que voltamos os nossos olhos e como o órgão responsável pela sua aplicação foi desenhando os contornos do direito à consulta.

## 4.2 CONTEÚDO DOS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO

### 4.2.1 “Em direção a uma cultura de consulta”: Direitos de participação no Regime da Convenção n.º 169 (a visão suave)

Os direitos de participação estão previstos expressamente na Convenção n.º 169 da OIT. Durante os trabalhos preparatórios para essa Convenção, evidenciou-se a necessidade, para os Estados que contam com coletividades indígenas em seu território, de incluir o dever de oportunizar a participação dos povos indígenas em quaisquer medidas – seja de ordem legislativa ou administrativa – que afetassem os seus interesses.

Os direitos de participação ganhariam uma ossatura no art. 6º da Convenção n.º 169, embora em diversos outros dispositivos da Convenção esse direito fosse

novamente repetido. Ainda que presentes em vários de seus dispositivos<sup>307</sup>, o art. 6º dessa Convenção contém uma norma genérica, que se aplica a todos os tipos de medidas estatais que afetem os interesses indígenas.

Assim consta nesse dispositivo:

#### Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Esse dispositivo identifica quais as medidas estatais devem ser precedidas de consulta. São elas as “medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.” Além disso, o texto menciona que o dever do Estado se assenta sobre a necessidade de consulta, muito embora contenha, de certa forma, uma obrigação de meio, pois o Estado deverá efetuar a consulta de boa-fé, “com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

A Convenção n.º 169 data de 1989 e desde então diversos órgãos da OIT responsáveis pela supervisão e monitoramento das Convenções têm construído uma jurisprudência oferecendo parâmetros a respeito da conduta exigida dos Estados a partir desse artigo e de outros relacionados à consulta prévia dos povos indígenas.

---

<sup>307</sup> Ver, em especial, os artigos 7º (1) a (3), 15 (2), 16 (2), 17 (2), 22 (2), 23 (1), 27 (2) da Convenção n. 169.

Os dois principais instrumentos de supervisão que têm canalizado a aplicação e interpretação da Convenção n. 169 aos órgãos da OIT são a supervisão dos relatórios anuais e, entre dos procedimentos de denúncia<sup>308</sup>, o procedimento de reclamação previsto pelo art. 24 da Constituição da OIT (Declaração de Filadélfia).

O mecanismo de relatórios anuais está previsto no art. 22 da Constituição da OIT.<sup>309</sup> Por meio desse mecanismo, o *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (CEACR) procede à análise regular dos relatórios anuais encaminhados pelos Estados membros da OIT, buscando informações junto aos Estados e apresentando recomendações para cumprimento das normas convencionais.

Outra possibilidade refere-se à reclamação disciplinada nos arts. 24 e 25 da Constituição da OIT.<sup>310</sup> Por meio dela, uma organização profissional de empregados ou empregadores pode submeter uma reclamação em relação à violação de uma das Convenções.

O CEACR tem buscado aplicar de maneira consistente os parâmetros identificados na Convenção n.º 169. Em análise aos seus relatórios anuais, pode-se perceber o refinamento de sua interpretação sobre os direitos de participação, bem como certas mudanças na linguagem das recomendações que faz aos Estados partes. Nos relatórios apresentados em fins da década de 90 até meados da primeira década do século XX, o CEACR basicamente solicitava informações aos Estados, analisando poucos casos concretos e utilizando uma linguagem pouco exigente quanto às condutas que os Estados deveriam adotar. Na medida em que foram aumentando as ratificações da Convenção n.º 169 e o CEACR foi rebuscando e definindo a interpretação do direito à consulta (e, nesse ponto, pode-se perceber a relevância dos relatórios de comitês tripartites instaurados a partir das reclamações previstas nos arts. 24 e 25 da Constituição da OIT), suas recomendações se tornaram mais incisivas e a análise de

---

<sup>308</sup> Ver 3.3.1.3 *supra* sobre os procedimentos de denúncia.

<sup>309</sup> “Os Estados Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho.”

<sup>310</sup> Ver 3.3.1.3 *supra*.

situações específicas passou a ocupar cada vez mais sua atenção e a constar nos relatórios anuais.

Poucas disposições da Convenção n.º 169 da OIT foram tão invocadas ao e pelo órgão responsável pelo seu monitoramento quanto àquelas relacionadas ao direito de participação. Em razão dessa constante e frequente invocação da C. 169, possibilitou-se a tal órgão construir uma “jurisprudência” rica a respeito do conteúdo dos direitos de participação, como compreendido na C. 169. Contudo, ao contrário dos demais regimes, a visão do Comitê sempre se demonstrou mais restrita e mais ligada ao texto, deixando claro que a C. 169 não exigia o consentimento dos povos afetados e, portanto, não havia o dever de os Estados agirem somente quando as comunidades afetadas expressamente manifestassem sua concordância com a ação estatal.

Um reflexo da relevância que a Convenção n.º 169 e os direitos de participação assumiram na agenda do CEACR foi a necessidade sentida pelo órgão em emitir Comentários Gerais sobre tais direitos em duas oportunidades, com um breve período entre elas<sup>311</sup>. Os Comentários Gerais constaram no Relatório do CEACR nos anos de 2009 – quando a Convenção se encontrava às vésperas de completar 20 anos – e de 2011 e servem como uma consolidação do entendimento desse órgão a respeito da interpretação a ser dada à Convenção n.º 169. Os Comentários Gerais de 2011 foram os mais extensos e detalhados desse Comitê quanto à Convenção n.º 169 e, após reconhecer que a “obrigação de consulta” tem sido a mais presente em seus relatórios anteriores, o CEACR trata de maneira mais específica, a respeito desse tema, de modo a esclarecer seu entendimento para os Estados-partes.<sup>312</sup>

Além dos entendimentos do CEACR, as decisões dos comitês tripartites instaurados a partir da reclamação prevista nos arts. 24 e 25, que analisam casos concretos e indicam medidas específicas a serem adotadas pelos Estados partes, também têm sido de suma importância na aplicação dos direitos de participação. O CEACR frequentemente incorpora as recomendações desses comitês e acaba servindo como um

---

<sup>311</sup> Para o CEACR, os comentários de 2011 seriam apenas um “*follow-up*” dos comentários de 2009.

<sup>312</sup> O CEACR expressamente indica o seu método de interpretação nesses Comentários Gerais. De acordo com o Comitê, é dada atenção ao sentido textual das palavras à luz dos propósitos e objeto da Convenção, como orienta o art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ele dá igual consideração aos textos autorizados das Convenções da OIT, isto é, suas versões em inglês e francês (art. 33 da Convenção de Viena). Ademais, o Comitê considera a prática da OIT em examinar os trabalhos preparatórios que levaram à adoção da Convenção.

órgão de *follow-up*, pois segue solicitando aos Estados envolvidos na reclamação que informem as medidas adotadas para atender às recomendações do comitê.

Portanto, a partir da leitura feita pelo CEACR e por esses grupos tripartites, hoje, os direitos de participação possuem certa consistência de conteúdo e coerência na sua aplicação pela OIT.

De acordo com o CEACR, a Convenção n.º 169 é o instrumento de direito internacional mais compreensivo para a proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais voltados à preservação de suas leis e costumes dentro das sociedades nacionais em que vivem. Além de lhes conferir o direito a orientar e conduzir seu desenvolvimento econômico, esses direitos buscam garantir uma participação política adequada.<sup>313</sup>

Para esse Comitê, os dispositivos sobre consulta, particularmente o art. 6º, são o cerne da Convenção e a base para se aplicar os demais. Nas palavras do CEACR:

Consulta é o instrumento que a Convenção prescreve como a base institucional para o diálogo, com o objetivo de garantir processos de desenvolvimento inclusivos e prevenir e resolver controvérsias. O objetivo da consulta como estabelecida na Convenção é reconciliar conflitos de interesses por meio de procedimentos adequados. (tradução nossa)<sup>314</sup>

Para o CEACR, o envolvimento dos povos indígenas e tribais em áreas que os afetam (como, por exemplo, regularização de títulos de terra, educação e saúde) é um elemento essencial para garantir a equidade e paz social através da inclusão e do diálogo.<sup>315</sup> Ainda, em sua visão, os dispositivos sobre consulta estão entre aqueles considerados fundamentais na revisão da Convenção n.º 107, de 1957 da OIT, como uma exigência necessária para eliminar a abordagem integracionista dessa Convenção

---

<sup>313</sup> Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (doravante, Report CEACR) Report III – Part 1A - 87th Session of the International Labour Conference (doravante, ILC) 1999. Parágrafo. 99.

<sup>314</sup> No original: “*Consultation is the instrument that the Convention prescribes as an institutional basis for dialogue, with a view to ensuring inclusive development processes and preventing and settling disputes. The aim of consultation as prescribed by the Convention is to reconcile often conflicting interests by means of suitable procedures.*” Report CEACR, – ILC, 95th Session, 2006. Comentários sobre a Guatemala, parágrafo 6. Ver também parágrafo 15. O CEACR reitera isso no Report CEACR – ILC, 96th Session, 2007, comentários sobre Equador, parágrafo 3.

<sup>315</sup> Report of the CEACR – ILC, 98th Session, 2009. Comentários gerais (General observation).

predecessora. Soluções conjuntas seriam, segundo o Comitê, a pedra de toque do diálogo, e as consultas serviriam ainda para alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável.<sup>316</sup>

O CEACR identifica três processos relacionados a esses direitos:

i) ação governamental coordenada e sistemática – estabelecida nos arts. 2º e 33 da Convenção n.º 169, essa modalidade dos direitos de participação relaciona-se à necessidade de uma ação coordenada dos governos e povos indígenas para proteger seus direitos e garantir sua integridade. Por meio de entidades e outros mecanismos apropriados a serem estabelecidos, devem ser administrados programas em cooperação com os povos indígenas, desde a fase de planejamento até a avaliação de medidas;

ii) participação – a participação compreende a existência de entidades ou órgãos com poder decisório no âmbito dos Estados, em que os povos indígenas possam efetivamente participar, manifestando seus interesses. O CEACR entende que devem ser estabelecidos mecanismos específicos para a realização dos objetivos fixados na Convenção. Na leitura do Comitê, a participação dos povos indígenas assume papel central quando se busca estabelecer planos, modelos e prioridades de desenvolvimento capazes de atingi-los, daí a necessidade de participarem efetivamente de órgãos e entidades que deliberarem a respeito de seus interesses;

iii) consulta - para o Comitê, a consulta envolve dois principais desafios: (1) garantir que consultas apropriadas sejam realizadas anteriormente à adoção de medidas legislativas e administrativas que afetem os povos indígenas diretamente; (2) a inclusão de dispositivos na legislação exigindo consulta prévia como parte do processo de determinar se as concessões para exploração de recursos naturais devem ser realizadas.

A distinção entre participação e consulta nem sempre é feita de forma clara pelo CEACR<sup>317</sup>. E, de fato, essa distinção não deve ser rígida, pois muitas vezes a obrigação do Estado de realizar uma consulta pode ocorrer mediante os órgãos estabelecidos que considerem a participação do povo indígena afetado.

<sup>316</sup> Report CEACR– ILC, 100th Session, 2011. Comentários gerais (General observation).

<sup>317</sup> No mesmo relatório em que fez os Comentários Gerais (2009) definindo essas três modalidades, assim entendeu o CEACR a respeito da Guatemala, usando indistintamente os dois conceitos: “The system of consultation and participation established by the Convention with regard to natural resources is to be based on the participation of the indigenous peoples in the formulation of plans and programmes as provided for by *Article 7* of the Convention.”



Em seus Comentários Gerais no Relatório de 2011, o CEACR considerou que a participação dos povos indígenas e tribais é especificamente exigida nas seguintes matérias:

- a) o desenvolvimento de uma ação coordenada e sistemática para proteger os seus direitos e garantir o respeito à sua integridade – art. 2 (1);
- b) a adoção de políticas públicas direcionadas à mitigação das dificuldades experimentadas por esses povos em enfrentar novas condições de vida e de trabalho – art. 5 (c);
- c) o processo decisório em instituições eletivas e administrativas e outros órgãos responsáveis por políticas e programas que os afetem – art. 6(1)(b);
- d) a formulação, implementação e avaliação de planos e programas para o desenvolvimento regional que possa afetá-los diretamente – art. 7 (1);
- e) a melhoria das condições de vida e de trabalho e dos níveis de saúde e educação – art. 7 (2);
- f) o uso, manejo e conservação dos recursos naturais pertencentes a suas terras – art. 15 (1);
- g) a garantia de que suas atividades tradicionais sejam fortalecidas e promovidas – art. 23 (1).

Já a consulta seria exigida nas seguintes hipóteses:

- a) medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente – art. 6(1)(a);
- b) execução ou autorização de quaisquer programas para a prospecção ou exploração de recursos minerais ou do subsolo pertencentes a suas terras – art.15(2);
- c) quando qualquer consideração está sendo realizada quanto à capacidade de alienar as terras ou transferir os direitos para fora de sua própria comunidade – art. 17 (2);
- d) em matérias específicas relacionadas à educação – arts. 27(3) e 28 (1).<sup>318</sup>

A leitura que o CEACR tem feito a partir da conjugação do art. 6º, 7º e 15 da Convenção n.º 169 refere-se à necessidade de que os Estados obedeçam a certos requisitos procedimentais, especialmente relacionados a estudos com o objetivo de avaliar o impacto social, espiritual, cultural e ambiental de atividades de

---

<sup>318</sup> Report CEACR– ILC, 100th Session, 2011. Comentários gerais (General observation).

desenvolvimento sobre essas comunidades. O Comitê sempre reitera que os resultados desses estudos devem ser considerados como um critério fundamental para a implementação dessas atividades.<sup>319</sup>

Para o CEACR, a forma e o conteúdo dos procedimentos e mecanismos de consulta devem permitir uma completa expressão da perspectiva dos povos afetados, dentro de um prazo oportuno e baseado na compreensão das questões que são objeto de consulta, de modo a permitir que eles afetem o resultado e um consenso possa ser alcançado. O procedimento de consulta deve ainda ser conduzido de uma maneira aceitável para todas as partes. Uma avaliação periódica a respeito dos mecanismos de consulta deve ser feita com a participação dos povos envolvidos, de maneira a aprimorar sua efetividade.<sup>320</sup>

Segundo o CEACR, o art. 6º estabelece que a consulta deva ser feita com o objetivo de alcançar um acordo ou consentimento, de maneira que os povos interessados possam expressar seus pontos de vista, mas não que o resultado seja necessariamente um acordo ou consentimento. A ausência de consentimento não seria ato suficiente para invalidar o procedimento de consulta. Como lado da mesma moeda, as consultas não implicam um direito de veto. O que se exige é uma busca honesta de um consenso, devendo o Estado impulsionar um processo de diálogo e troca genuína entre as partes a ser conduzido de boa-fé. Na interpretação do Comitê, reuniões e encontros realizados apenas com o propósito de oferecer informação e socialização não se enquadram nos critérios da Convenção.<sup>321</sup>

Em suma, os dispositivos relacionados à consulta não condicionam a implementação ou execução de determinada política – seja por ato legislativo ou administrativo – ao consentimento de determinada comunidade indígena, mas tão somente que o Estado atue visando obter tal consentimento. Nesse sentido, visam a considerar ineficazes consultas realizadas meramente *pro forma*, que se iniciam sem efetivamente buscar um acordo e consentimento do povo indígena afetado. Logo, os

---

<sup>319</sup> Report CEACR,– ILC, 95 th Session, 2006. Comentários sobre a Guatemala, parágrafo 13. Report CEACR – ILC, 99th Session, 2010. Comentários sobre Brasil e Colômbia.

<sup>320</sup> Report of the CEACR – ILC, 98 th Session, 2009. Comentários gerais (General observation).

<sup>321</sup> Report CEACR, ILC, 93th Session, 2005. Comentários sobre relatório da Bolívia, parágrafo 6. Report CEACR – ILC, 99th Session, 2010. Comentários sobre o Peru. Report CEACR– ILC, 100th Session, 2011. Comentários gerais (General observation).

direitos de participação surgem como um direito de caráter mais procedimental, embora exija um conjunto de obrigações ao Estado, como agir de “boa-fé” e atuar com o objetivo de se chegar a um acordo com o grupo afetado.

O único direito de participação em que textualmente a Convenção n.º 169 exige o consentimento prévio dos povos indígenas afetados se encontra no art. 16, referente ao traslado e reassentamento dos povos indígenas.<sup>322</sup>

Nesse ponto, chamamos a atenção a uma distinção da Convenção n.º 169 em relação a outras leituras do direito de participação: esse tratado dispensa o consentimento como condição de legitimidade do processo de consulta, enquanto os outros sub-regimes insistem ou enfatizam o consentimento como o principal critério de legitimidade da decisão. Essa leitura da Convenção – que, em realidade, apresenta os direitos de participação na sua possibilidade normativa mais suave ou fraca – é admitida e reiterada pelo órgão responsável pela sua aplicação. Dessa forma, a Convenção n.º 169 não reconhece o princípio da imprescindibilidade do consentimento livre, prévio e informado.<sup>323</sup>

Com base em um relatório de um comitê tripartite envolvendo o Brasil, posteriormente acolhido pelo *Governing Body* da OIT, quanto aos “procedimentos apropriados” previstos no art. 6º da Convenção n.º 169, entendeu-se que não há um modelo procedimental único, e, portanto, devem-se considerar as circunstâncias

---

<sup>322</sup> Assim prevê esse artigo: “1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam. 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. 3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento. 4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas. 5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.” Ver ainda o Report CEACR– ILC, 100th Session, 2011. Comentários gerais (General observation).

<sup>323</sup> Ver GÖCKE, 2010, p. 360.

nacionais, as circunstâncias dos povos indígenas afetados e a natureza das medidas que são objeto do processo de consulta.<sup>324</sup>

O CEACR considera que consultas feitas atrasadamente, após a definição do plano de uma região ou após a concessão de licença ambiental, sem a participação dos povos indígenas, não podem ser consideradas efetivas. Assim, as comunidades afetadas devem participar o quanto antes possível no processo de planejamento, execução e avaliação, inclusive na preparação dos estudos de impacto ambiental.<sup>325</sup>

A realização da consulta prévia à medida é justamente evitar que o projeto seja apresentado como um *fait accompli*. A Convenção n.º 169 não estipula quais as consequências de não se observar a consulta prévia e nem o CEACR é incisivo quanto a essa questão, normalmente requerendo aos Estados que demonstrem ou que façam a referida consulta. Contudo, a violação da consulta prévia tem sido submetida aos tribunais nacionais que, em algumas oportunidades, determinaram a suspensão da execução de certos projetos ou atividades, enquanto não fosse feita adequadamente.<sup>326</sup>

Uma questão que está presente nos Relatórios do CEACR diz respeito à autoaplicabilidade dos direitos de consulta previstos no art. 6º. Formulando a dúvida, a partir do momento que um Estado ratifica a Convenção n.º 169, os direitos de participação possuem aplicabilidade imediata e já podem ser invocados ou necessitariam de uma interposição legislativa pelos Estados partes?

O CEACR entende que os Estados deveriam “incluir a exigência de consulta prévia na legislação referente à exploração de recursos naturais” e “estabelecer mecanismos efetivos de consulta que levem em consideração a visão dos governos e dos povos indígenas e tribais quanto aos procedimentos a serem seguidos.”<sup>327</sup> Por outro lado, o CEACR também entende que “o direito dos povos indígenas serem consultados em cada ocasião que as medidas propostas possivelmente os afete diretamente é

---

<sup>324</sup> Report CEACR– ILC, 100th Session, 2011. Comentários gerais (General observation).

<sup>325</sup> Report CEACR – ILC, 98th Session, 2009. Comentários sobre a Guatemala. Report CEACR– ILC, 100th Session, 2011. Comentários gerais (General observation).

<sup>326</sup> Ver, por exemplo, Embargos de declaração em apelação cível n. 2006.39.03.000711-8/PA, 1º Tribunal Regional Federal, envolvendo a usina hidrelétrica de Belo Monte.

<sup>327</sup> No original: “including the requirement of prior consultation in legislation regarding the exploration and exploitation of natural resources” e “establishing effective consultation mechanisms that take into account the vision of governments and indigenous and tribal peoples concerning the procedures to be followed.” Report of the CEACR – ILC, 98th Session, 2009. Comentários gerais (General observation).

derivado diretamente da Convenção, independentemente se se considera a adoção de uma legislação nacional específica.”<sup>328</sup>

Na opinião do CEACR, a existência de um vácuo legal impede às partes interessadas manter um diálogo construtivo relacionado aos projetos de prospecção e exploração de recursos naturais.<sup>329</sup> Uma lei que não regule ou exclua determinadas áreas do âmbito da consulta aos povos indígenas – como regras tributárias e orçamentárias, decisões em situações de emergência e participação de benefícios dos povos indígenas – não é percebida pelo CEACR como cumprindo integralmente os requisitos da Convenção n.º 169.<sup>330</sup>

Porém, em relatório examinado em 2013, a entidade paraguaia responsável pela proteção dos povos indígenas (INDI) submeteu ao Comitê a manifestação de que a Convenção n.º 169 é um instrumento de aplicação direta que não exige legislação para cumprimento e de que o INDI estabelecerá caso a caso os procedimentos a serem seguidos para consulta, que dependerá do objeto da consulta e da organização e cultura da comunidade afetada. O CEACR não requereu ao Estado paraguaio que estabelecesse uma lei regulamentando o procedimento de consulta, mas tão somente que oferecesse informações que mostrassem como a posição do INDI tornou possível garantir procedimentos adequados de consulta prévia aos povos indígenas. É possível, portanto, que o CEACR também adote uma posição flexível nesse aspecto, preocupando-se mais com a realização de procedimentos do que a formalização de uma lei regulamentando o procedimento de consulta.<sup>331</sup>

O CEACR manifestou-se entendendo que a lei que regulamenta o procedimento de consulta deve conter disposições específicas de modo a prever procedimentos legais, a serem adotados individualmente ou por meio dos órgãos representativos, para os casos em que consideram que o direito à consulta não foi respeitado.<sup>332</sup>

---

<sup>328</sup> No original: “*The Committee wishes to draw the Government’s attention to the fact that the right of indigenous peoples to be consulted on each occasion that measures are envisaged which are likely to affect them directly is derived directly from the Convention, irrespective of whether or not consideration has been given to the adoption of specific national legislation.*” Report CEACR – ILC, 99th Session, 2010. Comentários sobre a Guatemala.

<sup>329</sup> Report CEACR – ILC, 101th Session, 2012. Comentários sobre a Guatemala.

<sup>330</sup> Report CEACR – ILC, 102th Session, 2013. Comentários sobre o Peru.

<sup>331</sup> Report CEACR – ILC, 102th Session, 2013. Comentários sobre o Paraguai.

<sup>332</sup> Report CEACR – ILC, 100th Session, 2011. Comentários sobre o Peru.

O CEACR tem reiteradamente entendido que a obrigação de promover a consulta prevista no art. 6º é atribuída aos Estados, e não a particulares e companhias privadas.<sup>333</sup>

Outro ponto relevante é que o art. 6º impõe o dever de se respeitar as “instituições representativas” dos povos indígenas. Na inteligência dessa regra, a liderança de determinada comunidade ou povo indígena deverá ser apurada conforme os mecanismos representativos de determinada sociedade indígena, e não a partir de critérios determinados pelo Estado ou outra entidade exterior àquela comunidade. Contudo, as instituições indígenas não seguem necessariamente o modelo de democracia formal típico das instituições ocidentais e que, de certa forma, está incorporado em grande parte das Constituições nacionais. Por outro lado, também não se baseiam em um modelo do tipo “ágora ateniense”, em que todos os indivíduos reputados cidadãos são conclamados e legitimados a participar. Portanto, cabe perquirir também como o Estado identificará a liderança e as “instituições representativas” para a efetivação do direito à consulta, problema que será mais aprofundado no capítulo seguinte.

O CEACR tem identificado uma aparente dificuldade dos Estados em identificar os representantes das comunidades indígenas<sup>334</sup>. De acordo com o Comitê, o “princípio da representatividade” é um componente essencial do requerimento de consulta estabelecido no art. 6º da Convenção n.º 169. Com base em decisão do *Governing Body* da OIT, o CEACR entende que se a consulta não é feita com instituições ou organizações indígenas e tribais que sejam verdadeiramente representativas das comunidades afetadas, a consulta não cumprirá com os requerimentos da Convenção n. 169.<sup>335</sup>

A respeito das terras, o CEACR aponta que a consulta deve ser feita também relação às terras que estão sob um processo de revisão e em que o título ainda não foi garantido.<sup>336</sup> Além disso, um projeto para a exploração nas adjacências imediatas às

---

<sup>333</sup> Report CEACR, ILC, 95th Session, 2006. Comentários sobre a Bolívia, parágrafo 7. Report CEACR – ILC, 99th Session, 2010. Comentários sobre a Guatemala.

<sup>334</sup> Ver, nesse sentido comentários sobre a Colômbia no Report CEACR – ILC, 101th Session, 2012.

<sup>335</sup> Report CEACR – ILC, 99th Session, 2010. Comentários sobre a Colômbia.

<sup>336</sup> *Ibid.*, parágrafo 11.

terras ocupadas ou usadas por povos indígenas, ou que diretamente afeta os interesses desses povos, também se enquadra no âmbito da Convenção.<sup>337</sup>

Em suma, é possível concluir que a OIT construiu ao longo da aplicação da Convenção n. 169 uma substancial “jurisprudência”, delimitando o conteúdo dos direitos de participação. Contudo, não reconhece que esses direitos envolvam o direito de veto ou necessidade do consentimento dos povos indígenas. Daí podermos afirmar que o direito de participação, como previsto na Convenção n.º 169 da OIT, se trata de uma versão suave, quando comparada com as versões construídas no âmbito dos regimes dos direitos humanos e dos órgãos especiais temáticos da ONU.

#### *4.2.2 Todos os caminhos levam a Roma?: A construção dos direitos de participação no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os vários fundamentos do consentimento*

Os direitos de participação foram ativamente sendo reconhecidos nos regimes de direitos humanos, tanto nos *treaty-bodies* do sistema ONU como em âmbito regional, com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos exercendo uma significativa liderança. Analisamos primeiramente as decisões de dois dos mais importantes *treaty-bodies* que abordaram a questão<sup>338</sup> – o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – e, em seguida, o papel da Corte Interamericana dos Direitos Humanos em definir o seu conteúdo e a repercussão de sua jurisprudência sobre a definição dos conteúdos dos direitos de participação em geral.

---

<sup>337</sup> Report CEACR – ILC, 96th Session, 2007, comentários sobre Guatemala, parágrafo 5.

<sup>338</sup> Há uma referência sobre os direitos da criança indígena no art. 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança. O Comitê dos Direitos da Criança emitiu o extenso Comentário Geral n. 11, tratando de diversos aspectos relacionados à proteção da criança indígena. Por existir somente uma espartana referência à cooperação com as comunidades indígenas no âmbito de políticas públicas de educação (ver parágrafos 60 e 80 do Comentário Geral), não nos deteremos pormenorizadamente à prática do Comitê dos Direitos da Criança, por não manifestar diretamente sobre o dever de consulta e aspectos relacionados ao consentimento, objeto de investigação nesse trabalho.

#### 4.2.2.1. O papel dos *treaty-bodies* do sistema universal

##### 4.2.2.1.1. O Comitê de Direitos Humanos e o art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

No Comitê de Direitos Humanos, destaca-se o papel das recomendações que esse Comitê pode oferecer nas comunicações individuais submetidas à sua consideração sob o Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP.

O Comitê de Direitos Humanos, principalmente a partir da jurisprudência construída a respeito da aplicação do art. 27, que disciplina direitos relacionados a minorias culturais, foi reconhecendo gradualmente o direito de “indivíduos” indígenas (como visto no capítulo anterior, o CDH não admite que povos possam submeter comunicações individuais sob o Protocolo), a serem consultados e, derradeiramente, a consentirem, quando políticas governamentais afetem as atividades econômicas que tradicionalmente desenvolvem e, por conseguinte, sua cultura protegida no art. 27.

Quanto ao direito de participação na modalidade de consentimento livre, prévio e informado, o CDH manifestou-se especificamente sobre eles em um único caso. Esse caso já foi referido nesse estudo quando analisamos a questão dos direitos humanos coletivos (especificamente, o direito à autodeterminação), mas, diante de sua importância, tornou-se também paradigmático na definição do consentimento livre, prévio e informado.

Em *Ángela Poma-Poma v. Peru*, cumpre recordar, estava em jogo a implementação de poços pelo Estado peruano que resultariam negativamente na drenagem das terras utilizadas pela autora e sua família para pastagem de seu rebanho, atividade reputada como tradicional pela comunidade. Assim, a adoção dessas medidas governamentais prejudicaria diretamente a subsistência e o estilo de vida tradicional da família Poma Poma. O CDH reconheceu o direito ao consentimento como implícito à aplicação do art. 27. Em apenas dois parágrafos, o CDH assim se manifesta sobre o conteúdo dos direitos de participação:

7.6. Na perspectiva do Comitê, a admissibilidade de medidas que substancialmente comprometem ou interferem com as atividades economicamente significantes de uma minoria ou de uma comunidade indígena dependerá se os membros da



comunidade em questão tiveram a oportunidade de participar no processo de tomada de decisão em relação a essas medidas e se elas continuarão a beneficiar a sua economia tradicional. O Comitê considera que a participação no processo de tomada de decisão deve ser efetiva, o que demanda não apenas mera consulta, mas o consentimento livre, prévio e informado dos membros da comunidade. Ademais, as medidas devem respeitar o princípio da proporcionalidade de modo a não ameaçar a própria sobrevivência da comunidade e de seus membros.

7.7. No presente caso, o Comitê observa que nem a autora nem a comunidade a que ela pertence foram consultados em qualquer momento pelo Estado-parte quanto à construção dos poços. Além disso, o Estado não exigiu estudos a serem realizados por um órgão competente independente de modo a determinar o impacto que a construção dos poços teria na atividade econômica tradicional, nem que ele tomou medidas para minimizar as consequências negativas e reparar o dano produzido. O Comitê também observa que não foi possível à autora continuar a se beneficiar de sua atividade econômica tradicional em razão da seca produzida e da perda do rebanho. O Comitê, portanto, considera que a ação do Estado comprometeu substancialmente o estilo de vida e cultura da autora, como um membro da comunidade. O Comitê conclui que as atividades conduzidas pelo Estado violam o direito da autora em fruir sua cultura junto com os membros do seu grupo, de acordo com o art. 27 do Pacto.<sup>339</sup>

Essa decisão do CDH afasta-se de seus precedentes, que afirmavam ser suficientes as consultas para obter a participação efetiva do povo indígena afetado.

---

<sup>339</sup> Communication No. 1457/2006; UN DOC CCPR/C/95/D/1457/2006, parágrafos 7.6 e 7.7. No original: “7.6 *In the Committee's view, the admissibility of measures which substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities of a minority or indigenous community depends on whether the members of the community in question have had the opportunity to participate in the decision-making process in relation to these measures and whether they will continue to benefit from their traditional economy. The Committee considers that participation in the decision-making process must be effective, which requires not mere consultation but the free, prior and informed consent of the members of the community. In addition, the measures must respect the principle of proportionality so as not to endanger the very survival of the community and its members.* 7.7 *In the present case, the Committee observes that neither the author nor the community to which she belongs was consulted at any time by the State party concerning the construction of the wells. Moreover, the State did not require studies to be undertaken by a competent independent body in order to determine the impact that the construction of the wells would have on traditional economic activity, nor did it take measures to minimize the negative consequences and repair the harm done. The Committee also observes that the author has been unable to continue benefiting from her traditional economic activity owing to the drying out of the land and loss of her livestock. The Committee therefore considers that the State's action has substantively compromised the way of life and culture of the author, as a member of her community. The Committee concludes that the activities carried out by the State party violate the right of the author to enjoy her own culture together with the other members of her group, in accordance with article 27 of the Covenant.*”

Dessa vez, o que o Comitê fez foi atribuir a grupos indígenas o poder de veto se a medida em questão produz impactos negativos substanciais sobre a vida cultural desses grupos.<sup>340</sup>

Da decisão do Comitê, extraem-se algumas questões que foram deixadas em aberto ou passíveis de controvérsia. Em primeiro lugar, destaca-se que o CDH reconhece o dever de consentimento livre, prévio e informado, apontando que a “mera consulta” não satisfaria um requisito legal para envolver a comunidade no processo de tomada de decisão.

Ademais, o CDH afirma uma posição que nos parece ousadamente inovadora, por não estar prevista – ao menos explicitamente – em qualquer declaração, tratado ou outro instrumento internacional<sup>341</sup>: o direito ao consentimento prévio, livre e informado se aplica não apenas à uma “comunidade indígena”, mas também a uma minoria. Logo, para além dos povos indígenas, qualquer minoria cultural, na leitura do Comitê, deveria ser consultada quando medidas forem tomadas que afetem seu estilo de vida tradicional.

Mais controvertido, nos parece, é o conjunto de obrigações que o CDH pretende vislumbrar da leitura do art. 27 do PIDCP. Com base nos dois parágrafos citados, o CDH espera que o Estado: (a) obtenha o consentimento livre, prévio e informado da comunidade afetada; (b) exija estudos de impacto de um órgão competente independente; (c) adote medidas para minimizar as consequências negativas e reparar o dano produzido.

O CDH pretende retirar todas essas obrigações da linguagem do art. 27, a que transcrevemos mais uma vez: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

Embora diversas diretrizes dadas pelo CDH sejam compatíveis com desenvolvimentos e entendimentos recentes no direito internacional quanto ao conteúdo dos direitos de participação dos povos indígenas (como, por exemplo, a necessidade de

---

<sup>340</sup> Ver GÖCKE, 2010, p. 143.

<sup>341</sup> A única referência a respeito consta na Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992), que estabelece, em seu art. 2º, § 3º, que “As pessoas pertencentes a minorias terão o direito de participar efetivamente nas decisões adotadas em nível nacional e, quando cabível, em nível regional, no que diz respeito às minorias a que pertençam ou as regiões em que vivam, de qualquer maneira que não seja incompatível com a legislação nacional.”

um estudo prévio de impacto e medidas mitigadoras dos efeitos da intervenção), é a parca fundamentação e a ausência de referências normativas mais sólidas que chamam a atenção para a imposição de obrigações que dificilmente podem ser tidas como desdobramentos óbvios do referido art. 27.

Ainda, deve-se ter em mente, como dito em 3.3.2.1 supra, o CDH não reconhece a legitimidade de uma coletividade em submeter demandas visando à proteção de direitos de caráter coletivo. Ora, se os direitos de participação podem ser caracterizados como, eminentemente, direitos políticos de caráter coletivo – tema que será abordado no próximo capítulo – como pode reconhecer que o Estado descumpriu o dever de consulta em relação à sra. Ángela Poma-Poma, que submeteu uma demanda, segundo a perspectiva assentada pelo próprio CDH, de caráter individual?

Isso leva à estranha concepção do reconhecimento do “direito à participação na modalidade de consentimento” como um direito individual vinculado ao pertencimento a uma minoria. No caso, teria agora a sra. Ángela Poma-Poma passado a ter o direito de oferecer o seu consentimento como condição da validade do processo decisório?

A fragilidade normativa da decisão e a incoerência da aplicação do direito ao consentimento livre, prévio e informado, somado ao fato de que o CDH se manifestou de forma explícita a respeito somente nesse caso, levam a dúvidas quanto à consistência desse precedente para aplicação em casos futuros. Toda minoria cultural poderá reclamar que não foi consultada, ou, ainda, não ofereceu seu consentimento? O dever de consulta se trata, afinal, de um dever perante a comunidade ou perante o indivíduo? São perguntas que uma prática futura do CDH em relação a essa questão talvez tenha que endereçar de maneira mais adequada.

Apesar disso, um aspecto que positivamente sobressalta é uma premissa, ainda que não muito trabalhada pelo Comitê, para o reconhecimento dos direitos de participação às minorias culturais. Participar em um processo de tomada de decisão seria imprescindível para a proteção de minorias culturais diante das limitações intrínsecas que um sistema de representação majoritária representa para aqueles que são membros de uma minoria, por não conseguir se fazer ouvir ou prevalecer seus interesses por meio dos mecanismos representativos convencionais. Voltaremos a esse tópico no capítulo seguinte.

4.2.2.1.2 O Comitê sobre a Eliminação de Discriminação Racial e a Recomendação n.º 23

Enquanto o CDH possui um considerável repertório de casos envolvendo povos indígenas, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR) atua mais incisivamente sobre os relatórios periódicos apresentados pelos Estados-partes à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A ausência de casos que ofereçam parâmetros sobre direitos dos povos indígenas, somada à necessidade percebida pelo CEDR de que os Estados inserissem nos relatórios periódicos como eles têm lidado com o reconhecimento e implementação dos direitos dos povos indígenas, fez com que o CEDR expedisse a Recomendação n.º 23, referida no capítulo anterior, que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas.

A Recomendação n.º 23<sup>342</sup> reafirma que a discriminação contra os povos indígenas enquadra-se no âmbito da Convenção e que todas as medidas devem ser tomadas para eliminar essa discriminação, aplicando-se, portanto, aos povos indígenas.<sup>343</sup> Após observar que em diversas regiões do mundo os povos indígenas são discriminados e destituídos de seus direitos, inclusive sobre a posse das terras, o que ameaçaria a preservação de sua cultura e sua identidade histórica<sup>344</sup>, o CEDR emite uma série de orientações para os Estados nos parágrafos 4 e 5. Duas delas abordam especificamente a necessidade de se obter o consentimento informado dos povos indígenas.

No item (d), os Estados são convocados a garantir que os membros dos povos indígenas tenham direitos iguais em relação à participação efetiva na vida pública e que nenhuma decisão diretamente relacionada a seus direitos e interesses seja tomada sem o seu consentimento.<sup>345</sup>

---

<sup>342</sup> A/52/18, annex V.

<sup>343</sup> Ibid., parágrafos 1 e 2.

<sup>344</sup> Ibid., parágrafo 3.

<sup>345</sup> No original: “4. The Committee calls in particular upon States parties to: (...) (d) Ensure that members of indigenous peoples have equal rights in respect of effective participation in public life and that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent.”

No parágrafo 5, que se refere diretamente à proteção dos direitos relacionados ao controle e uso das terras comunais, territórios e recursos, o Comitê chama a atenção para a necessidade de restituir essas terras quando elas foram tomadas ou usadas sem o seu consentimento livre e informado.<sup>346</sup>

De acordo com o CEDR, o fundamento do dever de consulta – no caso, manifestado por meio do consentimento livre e informado – é um desdobramento do direito à não discriminação e visa, nessa perspectiva, a reduzir os padrões históricos de subordinação a que esses povos são submetidos.

Na Recomendação Geral n.º 23, o CEDR não oferece contornos mais específicos a respeito do procedimento a ser observado pelos Estados para se obter o consentimento dos povos indígenas<sup>347</sup>, e nem apresenta como esse direito se relaciona com outros dispositivos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Por exemplo, os direitos de participação seriam categorizados como “medidas especiais”<sup>348</sup> no âmbito do direito internacional? Nesse sentido, se entendido como um direito decorrente da discriminação, de forma a terem tratamento igualitário, seria esse direito temporário, como ocorre com as ações afirmativas? Uma vez que esse grupo se equalizasse politicamente ao resto da população quanto à participação nos negócios públicos, cessaria para ele esse tratamento diferenciado?

---

<sup>346</sup> No original: “5. *The Committee especially calls upon States parties to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources and, where they have been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return those lands and territories. Only when this is for factual reasons not possible, the right to restitution should be substituted by the right to just, fair and prompt compensation. Such compensation should as far as possible take the form of lands and territories.*”

<sup>347</sup> A inclusão do consentimento informado pelo CERD foi feita não sem alguma discussão entre seus membros. Ver CERD/C/SR.1235 e THORNBERRY (2011).

<sup>348</sup> Também conhecidas como “ações afirmativas” ou medidas de “discriminação positiva” as “medidas especiais” são, na linguagem da Convenção, as medidas “tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. “ (art. 1º, parágrafo 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial). Sobre essa discussão no âmbito do CEDR, ver THORNBERRY (2011, p. 80-82).

Apesar dessa ausência, o CEDR, ao fazer suas observações conclusivas a respeito dos relatórios periódicos apresentados pelos Estados, tem normalmente apreciado as questões relacionadas à consulta e consentimento.

Em observações conclusivas mais recentes, os comentários oferecidos pelo CEDR levam a apontar que a prática da leitura dos direitos de participação tem recaído mais sobre a necessidade de consulta visando ao consentimento do que propriamente à exigência do consentimento como um requisito indispensável pela medida.<sup>349</sup>

Em suas conclusões sobre o relatório do Peru, o CEDR recomendou que o Estado adotasse uma metodologia adequada para conduzir “processos de consulta em conformidade com os parâmetros internacionais”, assim como projetos de desenvolvimento e exploração de recursos naturais sejam submetidos ao “processo de consulta a fim de obter o consentimento livre, prévio e informado por parte das comunidades que se possam ver afetadas” e garantir às comunidades afetadas por uma medida legislativa ou administrativa que “sejam devidamente consultadas.”<sup>350</sup>

Quando analisado o relatório periódico de Honduras, o CEDR demonstrou preocupação quanto à ausência de “consulta livre, prévia e informada de maneira sistemática”, notando a importância da “consulta livre, prévia e informada” em relação à titulação de terras e territórios. Nesse caso, o CEDR recomendou a implementação de mecanismos para implementar o direito à consulta, que deverá observar a boa-fé. Numa linha similar ao CDH, recomendou a elaboração de estudos de impacto por um órgão independente antes da concessão de prospecção e exploração de recursos naturais em áreas tradicionalmente habitadas por povos indígenas.<sup>351</sup>

Nas conclusões sobre o relatório do Chile, o CEDR solicita ao Estado que cumpra sua obrigação de consulta, para que sirva como “um veículo de sua participação genuína em relação a quaisquer decisões legislativas ou administrativas que pode diretamente afetar seus direitos à terra e recursos que possuem ou que tradicionalmente têm usado, como estabelecido nos instrumentos internacionais pertinentes” e “acelere a

---

<sup>349</sup> O Relatório final do Comitê sobre Direitos dos Povos Indígenas da ILA também faz considerações sobre algumas variações do CEDR a respeito dos direitos de participação. Ver ILA, 2012, p. 5. Sobre esse ponto, ver também THORNBERRY (2011).

<sup>350</sup> CERD/C/PER/CO/18-21. 28 agosto 2014. Parágrafo 14.

<sup>351</sup> CERD/C/HND/CO/1-5. 13 março 2014. Parágrafo 20.

o estabelecimento de um mecanismo institucionalizado para a consulta de acordo com os parâmetros internacionais.”<sup>352</sup>

Da prática atual do CEDR, pode-se perceber que a preocupação tem sido mais com os mecanismos de consulta e a necessidade de os Estados adotarem procedimentos voltados a obter o consentimento do que com o consentimento em si mesmo. Desse modo, ao contrário do que se poderia aferir de uma leitura estrita das diretrizes da Recomendação Geral n.º 23, o CEDR não necessariamente impõe o requisito do consentimento livre, prévio e informado de forma geral e irrestrita. Sua ênfase mais recente na legitimidade do aspecto da consulta, requerendo que sejam observados os “parâmetros internacionais”, demonstra a busca em se alinhar e harmonizar o seu entendimento com o dos demais órgãos que lidam com a questão.

Embora tanto o CDH como o CEDR tenham se manifestado aqui e acolá sobre aspectos de consulta e consentimento quanto às medidas administrativas e legislativas que afetem povos indígenas, a fundamentação e regulamentação desses direitos de participação, como vimos, ainda têm sido genéricas e pouco sistemáticas. Contudo, isso será dramaticamente modificado a partir da decisão de um órgão regional de proteção de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

#### 4.2.2.1.3 Direitos de participação na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) ergueu aos poucos uma jurisprudência que permitiu aos povos indígenas e tribais da região submeterem suas causas à apreciação desse tribunal regional.

O *leading case* *Awas Tingni*, mencionado no capítulo anterior, não envolvia diretamente os direitos de participação. Após *Awas Tingni*, a decisão mais marcante sobre direitos políticos coletivos de povos está no caso *Povo Saramaka v. Suriname*, de

---

<sup>352</sup> CERD/C/CHL/CO/19-21. Parágrafo 12. No original: “Fulfill its obligation to ensure that consultations are held with indigenous peoples and serve as a vehicle for their genuine participation in respect of any legislative or administrative decisions that may directly impinge upon their rights to the land and resources that they possess or that they have traditionally used, as established in the relevant international instruments” e “expedite the establishment of an institutionalized mechanism for consultation in accordance with international standards.”

2007<sup>353</sup>. De destaque nessa decisão, já se percebe o uso do termo “povo” para classificar uma das partes no processo internacional, o que, por si só, representa uma inovação nos procedimentos da Corte.

Nesse caso, o governo do Suriname havia concedido o direito de exploração madeireira a uma companhia chinesa em florestas que se situavam no território do povo Saramaka. O povo Saramaka, embora não se qualifique como indígenas de origem pré-colombiana, é composto de grupos de escravos fugidos durante a colonização holandesa do Suriname, constituindo uma cultura própria e distinta da nacional surinamesa. A Corte Interamericana, ainda que não tenha utilizado o qualificativo “indígena”, compreendeu-os como um povo tribal e, em razão do uso tradicional e comunal das suas terras, considerou-os protegidos pelo art. 21 da Convenção Americana em igual extensão que se deve defender a propriedade coletiva e comunal dos povos indígenas.

A grande inovação dessa decisão foi o reconhecimento de que os recursos naturais situados nas terras comunais, enquanto necessários à continuidade física e à sobrevivência cultural daquele povo, são de sua propriedade, e que o Estado, antes de realizar qualquer exploração desses recursos, deveria observar três salvaguardas. De acordo com a Corte Interamericana:

primeiro, o Estado deve assegurar a participação efetiva dos membros do povo Saramaka, de acordo com seus costumes e tradições, em relação a todo projeto de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração (doravante denominado “projeto de desenvolvimento ou de investimento”) que seja realizado dentro do território Saramaka. Segundo, o Estado deve garantir que os membros do povo Saramaka se beneficiem razoavelmente do projeto realizado dentro de seu território. Terceiro, o Estado deve garantir que não outorgará nenhuma concessão dentro do território Saramaka a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental. Por meio destas salvaguardas se procura preservar, proteger e garantir a relação especial que os membros

---

<sup>353</sup> Corte IDH. Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007.. Serie C No. 172. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Há uma versão oficial da decisão em língua portuguesa no sítio da CtIDH, consultado em 01 out 2014. Essa versão foi utilizada para fins de citação nesse estudo. Para uma contextualização histórica, política e cultural do caso e suas consequências, ver PRICE, Richard. Rainforest warriors: Human rights on trial. Philadelphia: Unniversity of Pennsylvania Press, 2011.



do povo Saramaka têm com seu território que, por sua vez, garante sua subsistência como povo tribal.<sup>354</sup>

Assim, seriam três requisitos relacionados aos direitos de participação para exploração de recursos naturais em territórios indígenas: i) a participação efetiva do povo no desenvolvimento, investimento e exploração no território; ii) que o povo afetado receba benefícios em razão da atividade econômica realizada; iii) a necessidade de um estudo prévio de impacto social e ambiental. Para a definição dessas salvaguardas, a Corte baseou-se na Convenção n.º 169 da OIT, que trata dos direitos dos povos indígenas, assim como em decisões da CDH.

A CtIDH passa então a elaborar melhor o que pode ser denominado como as três salvaguardas dos direitos de participação. De acordo com a CtIDH, o Estado tem o dever de consultar a comunidade, respeitando seus costumes e tradições. Isso envolveria informação e comunicação entre as partes, devendo-se consultar a comunidade desde as primeiras etapas do projeto de desenvolvimento ou investimento. A comunidade deve conhecer os riscos e o Estado deverá respeitar os processos de tomada de decisão típicos da comunidade.<sup>355</sup>

Em seguida, a Corte Interamericana dá um largo passo. Ela afirma que

quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições.<sup>356</sup>

Desse modo, segundo a CtIDH, para projetos de grande impacto, o dever de consulta converte-se na necessidade de obtenção do consentimento do povo afetado. A decisão não oferece parâmetros para se definir quais as atividades extrativistas que se

---

<sup>354</sup> Corte IDH. Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Parágrafo 129. Sobre a necessidade de se compartilhar equitativamente os benefícios do projeto com o povo afetado, ver ainda os parágrafos 138 a 140. Os requisitos e conteúdo do estudo prévio de impacto social e ambiental serão elaborados pela CtIDH principalmente na interpretação da sentença. Ver em especial os parágrafos 40 a 43.

<sup>355</sup> Ibid., parágrafo 133.

<sup>356</sup> Ibid., parágrafo 134.

qualificam como de “grande impacto”. Todavia, agora indica que nem sempre o consentimento é exigido, mas nos casos em que os efeitos do projeto são significativos, o consentimento pode vir a ser uma condição *sine qua non* para a legalidade da medida administrativa ou legislativa desencadeada por atos estatais.

Na parte final da decisão, ao definir medidas de satisfação e não repetição, a Corte Interamericana determina ao Estado que adote medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza para se garantir o direito de consulta e, se for o caso, o direito de conceder ou abster-se de conceder o consentimento livre, prévio e voluntário sobre projetos de desenvolvimento ou investimento. Além disso, deverá definir o compartilhamento dos benefícios derivados desse projeto. A CtIDH determinou ainda a realização de estudos de impacto ambiental e social por entidades tecnicamente capacitadas e independentes, previamente à outorga das concessões realizadas, assim como a implementação de mecanismos visando à minimização do prejuízo desses projetos.<sup>357</sup>

Como já mencionado, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial já havia determinado em sua Recomendação Geral n.º 23 que os Estados assegurem aos membros dos povos indígenas iguais direitos de participação efetiva na vida pública e que nenhuma decisão afetando seus direitos e interesses seja tomada sem o seu consentimento informado.<sup>358</sup> Na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, cujo conteúdo e interpretação será mais elaborado no item seguinte, o consentimento prévio, livre e informado é mencionado em uma série de artigos.

Assim, o reconhecimento do instituto do consentimento prévio, voluntário e informado não foi inaugurado pela Corte, existindo precedentes do direito internacional atribuindo aos povos indígenas o direito de manifestarem esse consentimento (bem como o direito de exercerem seu aspecto negativo, o denominado “direito de veto”) quando determinada política ou medida governamental impactar sobre o seu território. Logo, a Corte Interamericana não parte do zero ao construir seu entendimento.

---

<sup>357</sup> Ibid., parágrafo 194, alíneas ‘d’ e ‘e’.

<sup>358</sup> Item 4, (d), da Recomendação: “Ensure that members of indigenous peoples have equal rights in respect of effective participation in public life and that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent.”

A Corte reafirmaria o seu posicionamento sobre o controle do território pelos povos indígenas no caso do *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador*.<sup>359</sup> Nesse caso, a inovação da Corte não está tanto no aprofundamento do conteúdo do direito de consulta dos povos indígenas, mas principalmente nos fundamentos e na fonte em que foram reconhecidos os direitos de participação. Na fundamentação do direito à consulta, a Corte Interamericana lança mão inclusive de decisões originadas das cortes nacionais, refletindo, portanto, a capilaridade do tema sobre tribunais domésticos.

No caso do *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku*, a Corte fez um uso muito mais extensivo da Convenção n.º 169 e da jurisprudência do CEACR – o órgão da OIT referido acima que tem examinado o conteúdo dos direitos de participação de maneira mais sistemática – sobre os direitos de participação do que no caso *Saramaka*. Embora realize essa ampla referência, é importante notar que a Corte não incorpora todas as conclusões da leitura da CEACR a respeito da Convenção n.º 169. Por exemplo, a Corte mantém o precedente do caso *Saramaka* quanto à necessidade de consentimento prévio do povo indígena em relação a projetos de grande impacto, ignorando que, na leitura do CEACR, os direitos à participação restringem-se à consulta, não figurando o consentimento como requisito indispensável para que o Estado adote medidas legislativas e administrativas.

Nesse caso, a Corte, a partir da análise do direito internacional, de textos legislativos de vários Estados e da interpretação de Cortes superiores ou de alta hierarquia dos Estados, conclui que “a obrigação de consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional.”<sup>360</sup>

Quanto aos fundamentos, a Corte não só agora extrai os direitos de participação no direito de propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana, como também aponta que a obrigação de consultar “está em relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (art. 1.1).”<sup>361</sup> A Corte, em realidade, vê o reconhecimento do direito à

---

<sup>359</sup> Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e reparações.. Sentença de 27 de junho de 2012. Serie C No. 245. Essa decisão também possui versão oficial em língua portuguesa, que foi utilizada nesse estudo. Ver parágrafos 157.

<sup>360</sup> Ibid., parágrafo 164.

<sup>361</sup> Ibid., parágrafo 166.

identidade cultural no art. 1º, parágrafo 1º, do Pacto de San José da Costa Rica, que deve ser respeitado numa “sociedade multicultural, pluralista e democrática.”<sup>362</sup>

Sobre o direito intertemporal relacionado ao direito à consulta, tendo como principal referência a Convenção n.º 169, a Corte conclui que a partir da vigência desse tratado, o Estado tem a obrigação de consultar o povo indígena afetado quanto a aspectos do ato de execução de uma atividade ou projeto, ainda que os projetos tenham iniciado sua concepção e idealização antes da Convenção n.º 169 produzir os seus efeitos.<sup>363</sup>

De forma mais categórica que no caso *Saramaka*, a Corte afirma que os Estados partes à Convenção Americana tem a “obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados”, mas também devem evitar leis que obstaculizem o exercício desses direitos. A Corte parece reprovar, no caso, que o Estado do Equador não dispusesse ainda de um

Regulamento minucioso sobre consulta prévia, no qual estivessem estabelecidos claramente, inter alia, o momento em que se deve fazer a consulta, o objetivo dessa consulta, os sujeitos da consulta, as fases do desenvolvimento de atividades nas quais se procede ao processo de consulta prévia de execução, a formalização de resoluções na consulta, ou as compensações pelos prejuízos socioambientais causados na execução de atividades de extração de recursos naturais...<sup>364</sup>

Com base na ausência de uma regulamentação, a Corte concluiu que o Estado do Equador também era responsável pela violação não só do direito à propriedade comunal do Povo Sarayaku mas também do “direito à identidade cultural, nos termos dos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento.”<sup>365</sup>

Como vimos no capítulo anterior, os direitos dos povos indígenas sobre seus territórios e recursos nele existentes têm sido extraídos da previsão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos a respeito do direito de propriedade e, mais recentemente, da previsão do art. 1º, parágrafo 1º. Na leitura da CtIDH, o direito de

---

<sup>362</sup> Ibid., parágrafos 217 e 220.

<sup>363</sup> Ibid., parágrafo 179.

<sup>364</sup> Ibid., parágrafo 222.

<sup>365</sup> Ibid., parágrafo 232.

consulta e participação seria também uma consequência desse direito de propriedade. Contudo, concentrar-se no direito de participação como uma decorrência do direito de propriedade pode trazer alguns riscos e questionamentos.

Se os direitos de participação são compreendidos dentro do direito de propriedade, cumpre perquirir porque os povos indígenas – ou, no caso dos *Saramaka*, uma comunidade afrolatina – possuíam um direito especial não gozado pelos não-índios. Poderia ensejar um tratamento discriminatório, dessa vez desfavorável a comunidades não-índias, que não seriam consultados, por exemplo, sobre medidas específicas de limitação de seu direito de propriedade. Além disso, o direito de consulta e participação alcança temas que vão muito além da questão da terra e recursos naturais, envolvendo também educação e políticas de emprego, como a Convenção n.º 169 da OIT pretende deixar bem claro. Isso não exclui ou invalida as decisões da CIDH, mas apenas submete à reflexão de se vislumbrar o direito de participação dentro de um restrito escopo de direito de propriedade.

Talvez essa preocupação tenha sido percebida pela Corte, que no caso *Sarayaku*, mais recente, quer agora derivar os direitos de participação também do direito à identidade cultural, supostamente inferidos do art. 1, parágrafo 1. Essa compreensão da Corte de que o direito à identidade cultural estaria previsto no art. 1.1 nos parece excessivamente generosa. Distintamente do PIDCP que, como vimos, prevê o direito das minorias culturais no art. 27, a Convenção Americana não possui nenhuma referência expressa a respeito dos direitos culturais<sup>366</sup>, e nada leva a crer que eles eram efetivamente uma preocupação dos elaboradores da Convenção à época de sua formação. Nesse sentido, é importante refletir até que ponto seria legítima essa derivação dos direitos à identidade cultural da Convenção sem um lastro mais sólido no tratado que incumbe à Corte aplicar. Logo, a fundamentação baseada nos direitos culturais parece ser relativamente frágil, uma vez que não há uma expressa referência a tais direitos, nem consta que isso foi uma preocupação dos elaboradores da Convenção.

A importância do caso *Saramaka* – e de sua afirmação em casos posteriores, como o *Sarayaku* – reside no fato de se analisar com profundidade, e sob o âmbito de uma argumentação mais jurídica, o conteúdo e alcance dos direitos de participação. Ainda que alguns nortes da decisão sejam ainda abstratos e necessitarão de maior

---

<sup>366</sup> Ver TRINDADE, 2009, p. 477.

detalhamento no futuro, trata-se da primeira tentativa real por um órgão internacional de se delimitar, em um caso concreto e com bases argumentativas sólidas, o conteúdo dos direitos de participação, os seus limites, quando o consentimento é indispensável, quais as salvaguardas a serem adotadas pelo Estado, etc. Além disso, sua grande contribuição está no reconhecimento do direito ao consentimento prévio, livre e informado em uma sentença de um tribunal internacional cuja jurisdição é reconhecida pelos Estados. Isso ainda não havia ocorrido no direito internacional.<sup>367</sup>

Tal fato não passaria despercebido por outros órgãos internacionais que lidam com questões indígenas ou tribais. Como observa RODRÍGUEZ-PIÑERO:

Em poucos anos após *Awas Tingni* ter sido julgado, o sistema interamericano desenvolveu um caminho legal para os povos indígenas ao ponto de se tornar referência no desenvolvimento legal conceitual no que toca aos direitos indígenas. O sistema interamericano não apenas superou os outros sistemas regionais de direitos humanos como também brilhou mais do que a jurisprudência incipiente dos *treaty bodies* das Nações Unidas.<sup>368</sup> (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2011, P. 465 – grifo no original).

Como uma exemplar situação de fertilização cruzada entre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, o caso *Saramaka* teria um efeito no outro lado do Atlântico: ele foi amplamente referido pela Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos no caso povo Endorois v. Quênia<sup>369</sup>. Além disso, serviu como forte subsídio por órgãos instituídos no âmbito do sub-regime emergente nas Nações Unidas, que logo incorporaram as decisões da Corte Interamericana na própria

---

<sup>367</sup> Nesse sentido, ROMBOUTS aponta que é na Corte Interamericana que a implementação dos direitos indígenas tem ocorrido com mais força na última década. No original: “...it is here [na Corte Interamericana, RSL] that groundbreaking working on the implementation of indigenous rights has been done over the last decade.” (ROMBOUTS, 2014, p. 24)

<sup>368</sup> No original: “In the few years since *Awas Tingni* was heard, the Inter-American system has developed from an inauspicious [sic] legal avenue for indigenous peoples to a point of reference worldwide in conceptual legal developments regarding indigenous rights. The Inter-American system has not only surpassed other regional human rights system, it has also outshined the incipient jurisprudence of UN treaty bodies.”

<sup>369</sup> Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos . Com. 276 / 2003 – Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya. Ver em especial os parágrafos 159 a 162; 192 a 197; 227 a 238; 289 e 294.

interpretação que fizeram sobre os direitos de participação contidos na Declaração.<sup>370</sup> É sobre a prática desses órgãos do sub-regime das Nações Unidas que agora nos debruçamos.

#### *4.2.3. Direitos de participação na Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas: a versão forte*

##### *4.2.3.1. O conteúdo dos direitos de participação de acordo com a Declaração*

Diferente da Convenção n.º 169 da OIT, a expressão “consentimento” povoa a Declaração ostensivamente. Ela está prevista em diversos de seus artigos. Textualmente, o termo “consentimento livre, prévio e informado” ou a necessidade de consulta pode ser localizado nos arts. 10, 11 (2), 19, 28 (1), 30 e 32 (2).

A necessidade do consentimento livre, prévio e informado surge, diretamente, nos casos de:

- (i) remoção dos povos indígenas de seus territórios – art. 10;
- (ii) reparação nos casos de privação dos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais sem o seu consentimento – art. 11 (2);
- (iii) adoção de medidas legislativas e administrativas que os afetem – art. 19;
- (iv) reparação nos casos de expropriação de seus territórios sem o consentimento livre, prévio e informado – art. 28 (1);
- (v) necessidade de consulta para utilização de terra e territórios para fins militares – art. 30;
- (vi) fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

A Declaração também foca na aplicação dos direitos dos povos indígenas em participar em relação a leis trabalhistas (art. 17), em educação e informação pública

---

<sup>370</sup> Extensa referência é feita aos parâmetros delineados pela Corte a respeito dos direitos de participação tanto em Relatório do Relator Especial sobre o direito dos povos indígenas (A/HRC12/34.- 15 July 2009. Parágrafo 47) como no Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas (Parecer n.º 4. Ver em especial os parágrafos 32 e 38.)

(arts. 14 e 15), propriedade intelectual e espiritual e tradições religiosas (arts. 11 e 12), entre outros.

Assim, como ocorre com a Convenção n.º 169 da OIT, a Declaração é incisiva quanto aos direitos de consulta e participação, que assumem um papel primordial na efetivação dos direitos dos povos indígenas.<sup>371</sup> Como aponta BURGER:

A insistência na Declaração sobre o direito a ser consultado sobre todos os assuntos relevantes decorre da experiência trágica da colonização, incluindo formas de colonização como expropriação de terra e recursos em nome do desenvolvimento, em que os povos indígenas eram e frequentemente continuam ignorados e, ainda pior, percebidos como impedimentos ao progresso. (BURGER, 2011, p. 48)<sup>372</sup>

É no contexto da Declaração que surge com grande vigor a discussão sobre o “consentimento livre, prévio e informado”, conhecido pela abreviação em inglês FPIC (*Free, Prior and Informed Consent*). Consistiria, em síntese, em um direito dos povos indígenas darem a última palavra sobre uma medida legislativa ou administrativa que afete o seu interesse. A doutrina tem decomposto o consentimento a partir dos três elementos que compõem o termo: “livre”, “prévio” e “informado”.

Por “livre”, tem-se compreendido que nenhuma coerção ou manipulação seja usada durante as negociações entre os povos indígenas e o Estado. Assim, a decisão dos povos indígenas não pode ser influenciada sob ameaças.

Por “prévia”, reconhece-se a importância de permitir aos povos indígenas o tempo necessário para analisarem as propostas no período factível em que se busca alcançar o consenso em várias comunidades indígenas. Além disso, busca-se afastar que projetos continuem sendo implementados sob o argumento do fato consumado.<sup>373</sup>

---

<sup>371</sup> QUALE (2011, p. 272) indica que os dispositivos sobre participação são extensivos em termos de número e escopo. Aproximadamente um quarto da Declaração são voltados à participação.

<sup>372</sup> No original: “*The insistence in the Declaration on the right to be consulted on all relevant matters stems from the tragic experience of colonisation, including such forms of colonisation as land and resource expropriation in the name of development, in which indigenous peoples were and often continue to be ignored and at worst seen as impediments to progress.*”

<sup>373</sup> Ver em especial BURGUER, 2011, p. 49; LÂM, 2009, p. 611.



Por “informado”, aparece como aspecto relevante os estudos de impacto ambiental e social com pré-requisitos para fazer com que ambas as partes tomem decisões balanceadas.<sup>374</sup>

Para além das percepções doutrinárias a respeito do conteúdo do “consentimento livre, prévio e informado”, os órgãos das Nações Unidas, participantes do que denominamos de emergente sub-regime que se desenvolve a partir de certos mecanismos institucionais não-convencionais instituídos na ONU, têm oferecido sua interpretação sobre o tema.

#### 4.2.3.2. Mecanismos institucionais e os direitos de participação

Os mecanismos institucionais desse emergente sub-regime no âmbito das Nações Unidas têm feito a interpretação dos dispositivos da Declaração e, por meio de recomendações e relatórios, sugerido aos Estados e aos organismos internacionais como devem ser entendidos e aplicados. São esses estudos que passamos analisar agora.

Dos três mecanismos apontados, dois têm sido mais abundantes quanto à produção de relatórios e recomendações para que os Estados tornem suas condutas compatíveis com os parâmetros estabelecidos na Declaração. Em especial, o então Relator Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas James Anaya<sup>375</sup> se manifestou por diversas vezes sobre diretrizes interpretativas do direito ao consentimento livre, prévio e informado. O Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas (*Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*) também produziu dois estudos específicos sobre os direitos de participação e consulta, que merecem ser examinados.

Já o Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, embora tenha sido relevante ao possibilitar espaços de discussão sobre os direitos dos povos indígenas de maneira geral, não produziu um documento conclusivo e explicativo a respeito dos direitos de participação, muito embora frequentemente seus membros produzam relatórios individuais que tangenciam o tema. Desse modo, será feita referência mais geral ao trabalho do Fórum Permanente.

<sup>374</sup> Ver em especial BURGUER, 2011, p. 49.

<sup>375</sup> James Anaya exerceu o cargo de Relator Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2008 a 2014, quando cessou o seu mandato. A partir de então, o posto foi ocupado por Victoria Tauli Corpuz, que permanece na função no momento em que essa dissertação foi concluída.

#### 4.2.3.2.1. Relatórios do Relator Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas

Em um relatório apresentado ao Conselho de Direitos Humanos em julho de 2009<sup>376</sup>, o Relator Especial James Anaya inseriu um capítulo específico sobre o que denominou de uma “questão central”: o dever de consulta. Seu estudo se justificaria diante da necessidade percebida decorrente da ausência de uma implementação adequada do dever dos Estados em realizar as consultas com os povos indígenas em decisões que os afetem. Ainda, a ausência de consulta adequada conduziria a situações conflitivas, em que os povos indígenas expressariam raiva e desconfiança, ocasionalmente levando a uma espiral de violência.

Para o Relator Especial, a sede do dever dos Estados em consultar os povos indígenas decorreria da Declaração, além de estar fortemente enraizada no direito internacional dos direitos humanos, constando, por exemplo, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e no PIDCP. Embora presente em diversos artigos do texto, ela constaria em um princípio abrangente localizado no art. 19 da Declaração, que faz referência à necessidade do consentimento livre, prévio e informado em relação a medidas administrativas e legislativas que afetem os seus interesses.<sup>377</sup>

O dever de consulta derivaria fundamentalmente do direito dos povos indígenas à autodeterminação e de princípios relacionados à democracia e soberania popular. Segundo o Relator Especial, procedimentos especiais de consulta para os povos indígenas para decisões que os afetem se justificaria diante da natureza de seus interesses peculiares, diante de suas histórias e padrões culturais distintos, além do fato de os processos democráticos e representativos normalmente não funcionarem adequadamente para lidar com as preocupações que são específicas dos povos indígenas, pois são tipicamente marginalizados na esfera política. Assim, tratariam de

---

<sup>376</sup> A/HRC12/34 - 15 July 2009.

<sup>377</sup> Ibidem, parágrafos 38 e 40. O art. 19 da Declaração possui uma semelhança com o art. 6º da Convenção n.º 169, com a distinção de que essa última menciona “consulta”, e não “consentimento livre, prévio e informado.” O art. 19 – assim como sói ocorrer com o art. 6º da Convenção n.º 169 – é percebido pelo Relator como o princípio geral da Declaração sobre consentimento livre, prévio e informado.

medidas especiais voltadas às suas características distintas e às suas condições desvantajosas.<sup>378</sup>

O direito à consulta não se aplicaria a toda e qualquer medida que afete os povos indígenas, mas apenas quando os afeta em uma extensão que não é sentida da mesma maneira pelos demais membros da sociedade. Contudo, leis amplas, mas cujos efeitos alcançam condições ou interesses particulares aos povos indígenas – como, por exemplo, legislação sobre o uso da terra e de seus recursos – deverão ser objeto de consulta. Para o Relator especial, as características específicas do procedimento de consulta dependerão da medida proposta e do seu impacto sobre os povos indígenas, assim como também da natureza do direito ou interesse em jogo e do impacto antecipado da medida proposta.<sup>379</sup>

O Relator destaca que o fato de a Declaração apontar que as consultas sejam realizadas de boa fé a fim de se obter o consentimento livre, prévio e informado, no linguajar do art. 19, não busca conferir aos povos indígenas um poder de veto sobre decisões que os afetem, mas sim estabelecer o consenso como o objetivo principal das consultas.<sup>380</sup> A importância de se alcançar o consentimento deve variar de acordo com as circunstâncias e os interesses indígenas envolvidos. Assim, um impacto direto e significativo sobre as vidas e territórios dos povos indígenas militaria em prol de uma forte presunção de que a medida proposta não poderia seguir adiante sem o consentimento dos povos indígenas. Essa presunção poderia, em certos contextos, se transformar em uma proibição de adotar medida ou projeto na ausência da concordância

---

<sup>378</sup> Ibidem, parágrafos 41 e 42.

<sup>379</sup> Ibidem, parágrafos 43, 45 e 46.

<sup>380</sup> Nesse ponto, ao contrapor o art. 19 da Declaração com o art. 6º, parágrafo 2º da Convenção n.º 169 da OIT ele afirma que a linguagem da Declaração daria mais ênfase à consulta em negociações que visam a arranjos mutuamente aceitáveis, a serem realizadas antes de tomada de decisão quanto às medidas, ao invés de mecanismos para oferecer aos povos indígenas informações sobre decisões já tomadas ou que estão em vias de serem deliberadas, sem permitir a eles influenciar, de maneira genuína, o processo de tomada de decisão. No original: *“The somewhat different language of the Declaration suggests a heightened emphasis on the need for consultations that are in the nature of negotiations towards mutually acceptable arrangements, prior to the decisions on proposed measures, rather than consultations that are more in the nature of mechanisms for providing indigenous peoples with information about decisions already made or in the making, without allowing them genuinely to influence the decision-making process.”* (Ibidem, parágrafo 46). Contudo, distintamente do que afirma o Relator especial, não contemplamos que essa tenha sido a interpretação dada ao dever de consulta estabelecido na Convenção n. 169. Como visto a partir da prática da OIT, o dever de consulta deve ocorrer antes mesmo da decisão definitiva, e deve permear todo o processo de tomada de decisão. De acordo com os órgãos da OIT, decisões já tomadas sem a participação dos povos indígenas não respeitariam as normas da Convenção.

indígena. Identifica ainda duas situações específicas na Declaração em que o Estado deverá necessariamente obter o consentimento dos povos indígenas como objeto da consulta: (i) a medida resulta no deslocamento do grupo de suas terras tradicionais; (ii) casos que envolvam armazenamento e eliminação de materiais tóxicos dentro das terras indígenas.<sup>381</sup>

A importância desses princípios quanto ao dever de consulta reside na possibilidade de construírem um diálogo em que tanto os Estados como os povos indígenas trabalhem de boa-fé, orientados a um consenso e à tentativa de chegar-se a um acordo mutuamente satisfatório. Contudo, ao mesmo tempo em que o dever de consulta visa reverter padrões históricos de medidas que ameacem a sobrevivência dos povos indígenas, também não pretendem conferir a eles um direito de impor unilateralmente sua vontade quando o Estado atua legitimamente e fielmente para o cumprimento do interesse público. Trata-se, portanto, de um direito de impedir que uma parte imponha sua vontade sobre a outra, buscando assim a maximização de uma tomada de decisão consensual.<sup>382</sup>

É interessante observar aqui que o Relator identifica problemas de representatividade de grupos indígenas, quando alude às dificuldades deles em tornar claras as estruturas organizacionais de representação, o que confunde e pode desacelerar o processo de consulta.<sup>383</sup> Assim como ocorre no âmbito da Convenção n.º 169, o Relator também enfatiza a relevância de estudos de impacto ambientais e sociais de modo a informar completa e objetivamente os povos indígenas sobre os aspectos do projeto que os afetará, de modo a permitir que as decisões sejam livres e informadas. O Relator especial também alude a medidas que não só mitigam ou compensem os impactos negativos do projeto, mas também alcancem benefícios a serem equitativamente compartilhados pelas partes envolvidas.<sup>384</sup>

O Relator Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas abordou novamente o tema dos direitos de participação no relatório apresentado ao Conselho de Direitos

---

<sup>381</sup> Ibid, parágrafos 46 e 47.

<sup>382</sup> Ibid., parágrafo 49.

<sup>383</sup> Ibid., parágrafo 52.

<sup>384</sup> Ibid., parágrafo 53.

Humanos em julho de 2012.<sup>385</sup> Aplicado ao contexto de indústrias extrativistas que operam perto ou no interior de territórios indígenas, dessa vez criticou fortemente a ênfase excessiva que tem sido dada no debate se os direitos de participação envolvem consulta ou necessidade de consentimento. Para ele, nem a consulta nem o consentimento podem ser vistos como fins em si mesmos, como direitos isolados. Na verdade, seriam direitos especiais que salvaguardam e funcionam como meios para os exercícios dos direitos substantivos dos povos indígenas, como, por exemplo, o direito à propriedade. Além do dever de consulta, os estudos de impacto socioambiental, a adoção de medidas de mitigação do impacto e compensação e acordos de benefícios também seriam importantes salvaguardas para proteção dos direitos dos povos indígenas.<sup>386</sup>

De forma mais enfática do que no relatório anterior, e com lastro na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos comentada acima, o Relator afirma que, quando os direitos afetados pelas medidas são essenciais à sobrevivência dos grupos indígenas como povos distintos – como, por exemplo, terra e recursos naturais tradicionalmente utilizados – o consentimento é exigido, para além de ser um objetivo das consultas. Para ele, mesmo quando o consentimento não é exigido, as medidas devem pelo menos cumprir com princípios de necessidade e proporcionalidade com relação a um propósito público válido.<sup>387</sup>

Em um dos seus últimos relatórios apresentados ao Conselho de Direitos Humanos, o Relator especial deliberadamente focou na relação entre as indústrias extrativistas e os povos indígenas.<sup>388</sup> Nesse relatório, ele resgata os entendimentos consignados nos relatórios indicados acima e avança para questões específicas relacionadas à extração de recursos naturais em terras indígenas. É possível perceber como o texto se tornou mais contundente quanto à necessidade de se respeitar a vontade dos povos indígenas, admitindo que, em certos casos, a extração de recursos é “simplesmente incompatível com as próprias aspirações e prioridades dos povos

---

<sup>385</sup> A/HRC/21/47/ 6 July 2012.

<sup>386</sup> Ibid., parágrafos 48, 49 e 52.

<sup>387</sup> Ibid., parágrafo 65.

<sup>388</sup> A/HRC/24/41. 1 July 2013.

indígenas, ou pode impedir o acesso deles a terras e recursos naturais críticos ao seu bem-estar físico e a integridade de suas culturas e subsistência.”<sup>389</sup>

Para o Relator, os Estados não devem insistir – e nem permitir que as companhias privadas assim o façam – que os povos indígenas engajem em consultas relacionados a projetos extrativistas aos quais eles já manifestaram expressamente sua oposição. Nessa perspectiva, quando os Estados realizam esforços para consultar sobre projetos e os povos indígenas interessados, de maneira inequívoca, se opõem ao projeto e não se engajam nas consultas, entende-se que o Estado se desincumbiu de sua obrigação de consulta. A questão se torna, então, quais as consequências que decorrem da oposição e negativa de consentimento dos povos indígenas.<sup>390</sup>

Nesse relatório, o Relator reafirma, com base na Declaração e outras fontes, existir uma regra geral de que as atividades extrativas não podem se realizar dentro dos territórios dos povos indígenas sem o seu consentimento livre, prévio e informado. Mesmo em situações que o consentimento não seja estritamente exigido, o dever de consulta permanece e o consentimento deve ser ao menos perseguido. Essa regra geral de exigência de consentimento poderia se submeter a certas exceções, definidas dentro de parâmetros estritos. Ele indica as seguintes possibilidades de dispensa do consentimento: (i) atividades extrativistas em territórios indígenas quando está conclusivamente estabelecido que essas atividades não afetarão substancialmente o exercício de seus direitos sobre as terras e seus recursos; (ii) a atividade extrativista imporá apenas limitações sobre os direitos substantivos dos povos indígenas na medida do que é autorizado pelo direito internacional dos direitos humanos.<sup>391</sup>

Contudo, configura-se uma pronta recusa dos povos indígenas, o ônus de demonstrar que os direitos substantivos não estão sendo limitados, ou, se limitados, que a limitação é válida, incumbirá exclusivamente ao Estado. Desse modo, na visão do Relator, a recusa à consulta não implica qualquer presunção favorável à atividade extrativa. Quando há um propósito público válido estabelecido, ainda assim a limitação

---

<sup>389</sup> Ibid., parágrafo 3. No original: “*On the other hand, there are certainly cases in which resource extraction is simply incompatible with indigenous peoples’ own aspirations and priorities for development, or may impede their access to lands and natural resources critical to their physical well-being and the integrity of their cultures and livelihoods.*”

<sup>390</sup> Ibid., parágrafo 25.

<sup>391</sup> Ibid., parágrafos 27, 31 e 84.

deverá ser necessária e proporcional. Ainda quando o Estado considere ser permitido continuar com o projeto de extração sem o consentimento do povo indígena afetado, ele deverá observar as demais salvaguardas (e.g. estudos de impacto, medidas de mitigação, compensação e compartilhamento de benefícios).<sup>392</sup>

Como se depreende do relatório, o principal instrumento relacionado ao requisito de que o consentimento seja informado é o que o Relator denomina de estudos de impactos ambientais e de direitos humanos. Os povos indígenas devem possuir um acesso total a esses relatórios, assim como à informação sobre a sua viabilidade técnica e financeira, podendo, contudo, serem confidenciais às partes interessadas. Os relatórios deverão ser ainda objetivos, isto é, imparciais, submetidos, portanto, a uma revisão independente ou realizados de modo que não fiquem sob o controle dos promotores dos projetos extrativistas.<sup>393</sup>

Quanto ao requisito de que o consentimento seja prévio, as consultas e acordos devem ser realizadas antes que o Estado autorize ou a companhia execute o projeto dentro do território indígena, devendo realizar em diversas etapas do projeto de extração. Ele entende que o Estado não pode impor constrangimentos temporais. Assim, os povos indígenas não podem ser pressionados pelas exigências de tempo dos outros, respeitando-se os seus próprios ritmos de tempo.<sup>394</sup>

Novamente abordando a questão da participação dos povos indígenas por suas instituições representativas, o Relator chama atenção à necessidade de que sejam observadas as lideranças e estruturas de decisão da comunidade indígena. Reconhecendo a possibilidade de ambiguidade em certos casos quanto à representatividade, ele entende que devem ser dados oportunidade e tempo, e, se assim solicitarem, o apoio do Estado, para se organizar e definir as instituições representativas pelas quais engajarão em consultas sobre projetos extrativistas.<sup>395</sup>

Deve-se notar que os relatórios apresentados pelo Relator Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas, assim como ocorre com demais relatores temáticos que atuam vinculados ao Conselho de Direitos Humanos, não contém uma interpretação

---

<sup>392</sup> Ibid., parágrafos 33, 36, 38, 85 e 86.

<sup>393</sup> Ibid., parágrafos 65 e 66.

<sup>394</sup> Ibid., parágrafos 67 e 69.

<sup>395</sup> Ibid., parágrafos 70 e 71.

última e derradeira acerca do alcance e conteúdo das normas contidas na Declaração. Nesse sentido, quando não extrapolam fontes reconhecidas do direito internacional ou em decisões de órgãos autorizados, esses relatórios possuem mais um caráter de sugestões e recomendações de interpretação, de modo a auxiliar os Estados a conformarem suas condutas aos parâmetros inseridos em instrumentos internacionais.

Contudo, isso não afasta a relevância e a seriedade com que os relatórios costumam ser examinados, ainda que nem sempre os Estados concordem com suas recomendações e as sigam à risca.

#### 4.2.3.2.2. Mecanismo especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas (*Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*)

Dentro do regime em formação no âmbito das Nações Unidas, outro órgão que se destaca pela tentativa de melhor definir o conteúdo dos direitos de participação é o Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas (doravante, também referido como Mecanismo Especialista ou simplesmente Mecanismo).

O principal instrumento utilizado pelo Mecanismo Especialista para expressar suas opiniões é o que denomina de Parecer do Mecanismo de Especialistas (*Expert Mechanism Advice*). O Mecanismo Especialista emitiu dois Pareceres que tratam especificamente sobre direitos de participação: o Parecer n.º 2, de 2011, intitulado “Povos indígenas e o direito de participar em tomada de decisão”, e o Parecer n.º 4, de 2012, denominado “Povos indígenas e o direito de participar em tomada de decisão, com o foco em indústrias extrativistas.” São esses os dois pareceres abordados e analisados agora.

Em primeiro lugar, é importante destacar que os Pareceres do Mecanismo Especialista concentram-se mais na interpretação da Declaração e na linguagem dos direitos nela reconhecidos, dando menor atenção aos demais instrumentos legais relacionados ao direito internacional dos direitos humanos.

No início do Parecer n.º 2, o Mecanismo associa o que chama de “direitos de tomada de decisão” à necessidade de proteção das culturas dos povos indígenas, incluindo suas línguas e terras, territórios e recursos. Como aponta o Parecer, o direito de participar na condução dos negócios públicos, no contexto dos povos indígenas, assume um aspecto coletivo, implicando o direito do grupo como um povo exercer sua



autoridade decisória. Assim como percebeu o Relator especial, a exigência de consultas estaria relacionada ao fato de que os processos típicos de audiência pública não são suficientes para cumprir o parâmetro procedimental. A consulta, feita tempestivamente e baseada na compreensão completa das questões envolvidas, permitirá ao povo indígena influenciar o resultado e permitir que o consenso seja alcançado.<sup>396</sup>

Reiterando os requisitos de consultas feitas de boa-fé e apropriadas ao contexto, bem como necessidade de um clima de transparência e confiança mútuas para se chegar a um consenso, o Parecer alinha sua posição à do Relator Especial, afirmando que, para além dos casos em que a medida ou decisão afete diretamente os povos indígenas, o dever de consulta também deve ser observado quando medidas mais genéricas também afetem os povos indígenas e especialmente quando produzem desproporcionalmente seus efeitos sobre os povos indígenas.<sup>397</sup>

Mais enfaticamente do que o Relator Especial, o Mecanismo Especialista compreende os deveres de consulta com os povos indígenas e de obter seu consentimento livre, prévio e informado como elementos cruciais do direito à autodeterminação. Nessa perspectiva, o direito ao consentimento livre, prévio e informado deve ser examinado dentro do contexto do direito dos povos indígenas à autodeterminação por ser um elemento integral desse direito.<sup>398</sup>

Para o Mecanismo Especialista, o dever de obter o consentimento atribui aos povos indígenas o poder de determinar efetivamente o resultado da decisão que os afeta, não sendo apenas um direito para que sejam envolvidos nesse processo. Assim, o dever de obter o consentimento não é apenas um aspecto procedimental, mas um mecanismo substantivo para garantir o direito dos povos indígenas. O Mecanismo Especialista também entende pela necessidade de se obter o consentimento nos casos de fundamental importância para seus direitos, sobrevivência, dignidade e bem-estar.<sup>399</sup>

Segundo o Parecer, os povos indígenas teriam a prerrogativa de denegar o consentimento assim como estabelecer os termos e condições para o seu consentimento. Haveria uma inter-relação entre os elementos de “livre”, “prévio” e “informado”,

---

<sup>396</sup> Expert Mechanism Advice No. 2 (2011): Indigenous peoples and the right to participate in decision-making. Parágrafos 1, 5 e 8.

<sup>397</sup> Ibid., parágrafos 9 e 16.

<sup>398</sup> Ibid., parágrafos 17, 18 e 20.

<sup>399</sup> Ibid., parágrafos 21 e 22.

qualificadores do consentimento. Desse modo, a violação de qualquer um desses elementos invalidaria qualquer acordo pelos povos indígenas. O elemento “livre” se relaciona à ausência de coerção, intimidação ou manipulação; o elemento “prévio” refere-se ao fato de que o consentimento seja obtido antes da atividade associada com a decisão a ser feita, e inclui o tempo necessário para que os povos indígenas possam se engajar em seus próprios processos decisórios; o elemento “informado” determina que os povos indígenas tenham sido informados a respeito de toda a atividade relacionada e que a informação seja objetiva, precisa e apresentada de uma maneira compreensível.<sup>400</sup>

De acordo com o Mecanismo Especialista, os Estados deveriam implementar disposições em suas Constituições e leis para garantir a participação dos povos indígenas em processos decisórios consistentes com a Declaração, principalmente quando isso é perseguido pelos povos indígenas afetados. Também aponta que os Estados deveriam reconhecer que o direito à autodeterminação constitui um dever para que eles obtenham o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas.<sup>401</sup>

O Parecer n.º 4, de 2012, devota sua atenção à aplicação dos direitos de participação no contexto de atividades extrativistas realizadas nos territórios indígenas e que buscam explorar os recursos naturais nela existentes. Esse parecer seria um seguimento do Parecer n.º 2, e teria como base o direito relacionado à soberania permanente dos povos indígenas sobre seus territórios, desenvolvimento sustentável e direitos e responsabilidades ambientais.<sup>402</sup>

Nesse Parecer, destacou-se que o dever de consulta é dos Estados e não pode ser delegado, ressaltando que a exigência de se obter o requerimento livre, prévio e informado pode ser dispensada quando o impacto das atividades não é significativo. Contudo, entende que, em determinados casos, o consentimento é mandatório. Esses casos coincidem com aqueles indicados pelo Relator Especial.<sup>403</sup> De acordo com o Mecanismo Especialista, os povos indígenas devem se engajar em todas as etapas na

---

<sup>400</sup> Ibid., parágrafos 23, 24 e 25.

<sup>401</sup> Ibid., parágrafos 31 e 34.

<sup>402</sup> Advice No. 4 (2012): Indigenous peoples and the right to participate in decision-making, with a focus on extractive industries, parágrafo 1.

<sup>403</sup> Os casos são os que constam da literalidade do texto da Declaração, em especial, dos arts. 10 e 29, parágrafo 2º, quais sejam: (i) medidas que resultem no deslocamento do grupo de suas terras tradicionais; (ii) casos que envolvam armazenamento e eliminação de materiais tóxicos dentro das terras indígenas. Ibid., parágrafo 20.

construção dos mecanismos apropriados de consulta, inclusive nas primeiras fases relacionadas ao seu planejamento.<sup>404</sup>

O Parecer analisa também questões relacionadas à representação dos povos indígenas. Chamando a atenção para necessidade de respeito às instâncias de decisão das próprias comunidades indígenas e que influências externas podem resultar em mudanças nas estruturas de autoridade tradicionais da comunidade, o Mecanismo Especialista indica que os povos indígenas devem deixar claro ao governo e aos empreendedores extrativistas quem deve ser consultado e de quem devem obter o consentimento. Eventuais divergências na própria comunidade devem ser resolvidas por elas mesmas, podendo, caso queiram, buscar assistência de fora para determinar as disputas. Não se exige necessariamente nem o consenso unânime da comunidade e, dependendo do processo decisório do povo indígena afetado, nem mesmo decisão majoritária.<sup>405</sup>

Nesse ponto, o Parecer concede certa deferência às instituições tradicionais da comunidade, dispensando que a tomada de decisão interna ao grupo deva observar estritos limites e concepções democráticas, seja ela participativa ou representativa. Essa deferência às estruturas decisórias tradicionais, conquanto respeite a autodeterminação e aspectos culturais do grupo, pode entrar, eventualmente, em colisão com normas do direito internacional dos direitos humanos.

O Parecer detém-se também quanto a aspectos relacionados à informação. Ela deve ser compreensível aos povos indígenas. Dependendo das circunstâncias, deverá ser apresentada oralmente, com tradução nas línguas indígenas. Com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os povos indígenas devem ser informados dos possíveis riscos, inclusive sanitários e ambientais, relacionados ao plano de desenvolvimento ou investimento. O Parecer sugere também a necessidade de que os estudos de impacto sejam feitos de maneira independente, tanto em relação aos povos indígenas, quanto ao Estado e particulares interessados.<sup>406</sup>

---

<sup>404</sup> Ibid., parágrafos 8 e 14.

<sup>405</sup> Ibid., parágrafos 15, 16 e 18.

<sup>406</sup> Ibid., parágrafos 31, 32 e 36.

Quanto à possibilidade de os Estados limitarem os direitos dos povos indígenas, o Mecanismo Especialista reproduz os parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, já mencionados no item 4.1.4.1.3 *supra*.<sup>407</sup>

São esses os principais nortes oferecidos pelo Mecanismo Especialista quanto ao conteúdo dos direitos de participação. Como se pode averiguar, tanto o Mecanismo Especialista como o Relator Especial tem direcionado esforços para delinear esse direito, buscando oferecer parâmetros e meios de como a consulta e a participação devem ocorrer.

Ainda que o direito à consulta esteja previsto na Convenção n.º 169 e na Declaração, em certos casos exigindo-se o consentimento livre, prévio e informado, é, ainda, um direito que demandará maiores definições quanto às reais obrigações que encarta, tanto para os Estados quanto para os povos indígenas. É, portanto, ainda um direito em construção, embora possua já uma densidade normativa a ser observada por ambas as partes.

#### *4.2.4. Direitos de participação em processos decisórios envolvendo arranjos interestatais e fóruns intergovernamentais*

Até agora, a análise recaiu principalmente sobre o dever *de negociando* dos Estados vis-à-vis os povos indígenas. Contudo, as reivindicações indígenas a respeito dos direitos de participação também são direcionadas a arranjos de cooperação interestatais. Tais arranjos interestatais, compreendidos aqui como associações formais e informais criadas pelos Estados para cumprir determinados propósitos e que envolvem algum tipo de cooperação – são muitas vezes percebidos como espaços decisórios fechados à atuação de atores não-estatais. Ao mesmo tempo, as deliberações ali tomadas são capazes de afetar os interesses indígenas, por vezes tanto quanto decisões governamentais no nível doméstico. Portanto, a expansão dos direitos de participação para que abranjam também os arranjos interestatais é uma bandeira frequentemente levantada e associada à necessidade de consulta.

Algumas organizações internacionais têm elaborado mecanismos e diretrizes para efetivar algum nível de participação dos povos indígenas em seus processos decisórios, quando capazes de afetar seus interesses. A principal característica dessas

---

<sup>407</sup> Ibid., parágrafo 38.

organizações é lidarem com implementação de projetos de desenvolvimento e meio ambiente.

Talvez o mecanismo intergovernamental que ofereça mais espaço aos povos indígenas seja o Conselho Ártico. Embora possua um caráter mais de fórum do que propriamente uma organização interestatal<sup>408</sup>, a Declaração de Ottawa que o constituiu foi expressa, ao garantir como Participantes Permanentes, as seguintes organizações: a Conferência Circumpolar Inuit, o Conselho Saami e a Associação das Minorias Indígenas do Norte, Sibério e Oriente da Federação Russa – todas elas caracterizadas como indígenas. Além disso, o Conselho Ártico abre a participação para outras organizações árticas de povos indígenas, observados determinados critérios estipulados na Declaração e a depender da decisão do Conselho. A Declaração de Ottawa dispõe expressamente que a categoria de Participação Permanente foi criada para possibilitar a participação ativa e consulta completa com os representantes indígenas do Ártico dentro do Conselho Ártico.<sup>409</sup> Desse modo, com um caráter *sui generis* em relação a outras instituições interestatais, o Conselho Ártico traz para dentro de seu processo decisório a participação indígena.

Diversos programas e órgãos no âmbito das Nações Unidas têm envidado esforços para incorporar diretrizes de participação dos povos indígenas em seus processos decisórios e projetos que afetem os interesses dessa categoria coletiva particular. Já em janeiro de 2008, passados poucos meses desde a aprovação da Declaração, o Grupo de Desenvolvimento da ONU estabeleceu Diretrizes (*Guidelines*) para a implementação dos direitos dos povos indígenas<sup>410</sup>.

Nessas Diretrizes, os direitos de participação são compreendidos dentro do direito à autodeterminação e assim definidos:

---

<sup>408</sup> O Conselho Ártico foi constituído pela Declaração de Ottawa de 1996 e possui como Estados membros Canadá, Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega, Federação Russa, Suécia e os EUA. Para mais informações: <http://www.arctic-council.org/index.php/en/about-us/arctic-council/about-arctic-council>. Disponível em 07 nov 2014.

<sup>409</sup> Art. 2 da Declaração de Ottawa.

<sup>410</sup> HR/P/PT/16. O Grupo de Desenvolvimento da ONU foi estabelecido pelo Secretário-Geral dessa organização em 1997 e tem como finalidade elaborar um guia em nível sistêmico para coordenar, harmonizar e alinhar as atividades de desenvolvimento. Ele reúne 32 fundos, programas, agências, departamentos e escritórios da ONU que exercem um papel em questões de desenvolvimento. O objetivo do grupo é oferecer um apoio mais coerente, efetivo e eficiente aos países que buscam alcançar metas de desenvolvimento acordadas internacionalmente, incluindo os Objetivos do Milênio. Informações extraídas de: [http://www.undg.org/content/about\\_the\\_undg](http://www.undg.org/content/about_the_undg). Acesso em 02 dez 2014.

Respeito pelo princípio do consentimento livre, prévio e informado. O princípio implica que há uma ausência de coerção, intimidação ou manipulação, que o consentimento tem sido perseguido em antecipação suficiente a qualquer autorização ou início de atividades, que o respeito é demonstrado para as exigências de tempo dos processos de consulta/consenso dos indígenas e que seja oferecida informação completa e compreensível sobre as probabilidades do impacto.<sup>411</sup>

Os direitos de participação e necessidade de consulta constam ao longo de todo o documento, quando, por exemplo, se refere ao desenvolvimento e conhecimentos tradicionais.

No âmbito de políticas de meio ambiente, a ONU tem enfatizado a questão da participação dos povos indígenas em programas relacionados ao UN-REDD. O Programa UN-REDD, que é uma iniciativa colaborativa das Nações Unidas para reduzir as emissões decorrentes de deflorestamento e degradação de florestas em países em desenvolvimento<sup>412</sup>, conta especificamente com um instrumento voltado a pautar as consultas a serem realizadas com povos indígenas e com outras “comunidades dependentes de florestas.” Trata-se das “Diretrizes sobre envolvimento de interessados no REDD+ com o Foco na Participação dos Povos Indígenas e outras Comunidades dependentes de Florestas” (*Guidelines on Stakeholder Engagement in REDD+ Readiness With a Focus on the Participation of Indigenous Peoples and Other Forest-Dependent Communities*). O documento ostensivamente busca garantir a consulta aos povos indígenas, referindo-se ao processo de consulta nos parágrafos 8 e 9 e dedicando o Anexo II especificamente para apontar o que se entende sobre consentimento livre, prévio e informado.<sup>413</sup>

---

<sup>411</sup> No original: “Respect for the principle of free, prior and informed consent. This principle implies that there is an absence of coercion, intimidation or manipulation, that consent has been sought sufficiently in advance of any authorization or commencement of activities, that respect is shown for time requirements of indigenous consultation/consensus processes and that full and understandable information on the likely impact is provided.”

<sup>412</sup> Mais informações podem ser conferidas no sítio oficial: <http://www.un-redd.org/AboutUN-REDDProgramme/tabid/102613/Default.aspx>. Disponível em 07 nov 2014.

<sup>413</sup> Nessas Diretrizes, o consentimento livre, prévio e informado é concebido como: “Free, Prior and Informed Consent (FPIC) is the collective right of indigenous peoples to participate in decision-making and to give or withhold their consent to activities affecting their lands, territories and resources or rights in general. Consent must be freely given, obtained prior to implementation of activities and be founded upon an understanding of the full range of issues implicated by the activity or decision in question; hence the formulation: free, prior and informed consent.”

A Convenção sobre Biodiversidade das Nações Unidas de 1992 é outro instrumento importante relacionado à participação dos povos indígenas. Esse tratado resultou da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro (ECO-92) e “abarca tudo o que se refere direta ou indiretamente à biodiversidade – e ela funciona, assim, como uma espécie de arcabouço legal e político para diversas outras convenções e acordos ambientais mais específicos...”<sup>414</sup> Ela expressamente atribui aos Estados partes, em seu art. 8 (j), o dever de respeitar, preservar e manter o conhecimentos das comunidades locais e populações indígenas, referindo-se ainda à importância da repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas. A 5ª Conferência das Partes<sup>415</sup>, realizada em 2000 em Nairóbi, elaborou um programa de trabalho a partir de sua decisão V/16, que visa a garantir uma participação completa e efetiva dos povos indígenas e comunidades locais em todos os estágios, em todos os níveis de implementação (nacional, regional e internacional). Ainda que seja precipuamente voltada aos Estados, também se direciona a organismos internacionais e figura como exemplo de resposta de uma organização internacional à demanda indígena pela regulamentação de sua participação.

Em relação às organizações internacionais, talvez o âmbito mais polêmico de aplicação dos direitos de participação se refira à sua observância pelas instituições financeiras internacionais, principalmente àquelas cujo objetivo é o financiamento de projetos de desenvolvimento. O Banco Interamericano de Desenvolvimento adotou suas diretrizes por meio da política operacional n. 765 (OP-765) em fevereiro de 2006 e o *International Finance Corporation* (IFC) adotou seu *Performance Standard* n. 7 em abril de 2006. O Banco Mundial adotou sua política operacional sobre povos indígenas (OP-4.10) em julho de 2005.<sup>416</sup> As diretrizes da Política Operacional 4.10 do Banco Mundial referem-se à “consulta livre, prévia e informada”, que compreende como um processo de decisão coletivo e culturalmente apropriado decorrente de uma consulta verdadeira e de boa-fé e participação informada para a preparação e implementação do

<sup>414</sup> Disponível em <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>. Acesso em 07 nov 2014.

<sup>415</sup> As Conferências das Partes, também conhecidas como COPs, consistem em encontros periódicos e institucionalizados dos Estados-partes da Convenção sobre Biodiversidade.

<sup>416</sup> Ver BURGER, 2011, p. 58; GILBERT & DOYLE, 2011, p. 321.

projeto, sem, contudo, defluir desse conceito qualquer possibilidade de direito de veto.<sup>417</sup>

Esses exemplos demonstram como também as organizações internacionais têm se engajado na garantia dos direitos de participação, ainda que com perspectivas distintas a respeito de seu conteúdo. Como notamos, visões divergentes a respeito do conteúdo dos direitos de participação – em especial, no que toca ao direito de veto – não são exclusivas das organizações internacionais. Mesmo para os Estados, o dever de consulta será percebido abarcando alguns requisitos distintos, a depender do instrumento normativo considerado e pela interpretação dada pelo sub-regime. Cabe-nos, nessa parte, refletir a respeito de uma última questão: seria essa divergência normativa também um reflexo do fenômeno percebido de fragmentação do direito internacional?

#### *4.2.5. Os diversos direitos de participação: sintomas de um direito internacional fragmentado?*

Os direitos de participação têm sido examinados e interpretados a partir de distintos instrumentos normativos – a Convenção n.º 169, tratados de direitos humanos, a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas – e por distintos órgãos internacionais – *inter alia*, o CEACR, o CDH, o CEDR, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Relator Especial e o Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas. Embora as leituras apresentadas sobre o conteúdo dos direitos de participação apresentem uma série de convergências, seria possível concluir, como o faz uma comentadora, que casos como o de Ángela Poma Poma se constituem como um “passo bem-vindo em direção à unificação das normas de direito internacional público” (GÖCKE, 2010, p. 367)? Diante da diferença da regulamentação dos direitos de participação nos tratados internacionais e da interpretação que os organismos responsáveis pela sua aplicação fazem deles, poderíamos considerar, em realidade, que os direitos de participação possuem uma escala qualitativa, de acordo com o instrumento e com o órgão que faz a leitura.

A ideia de fragmentação do direito internacional ganhou certa preocupação da doutrina, diante do desenvolvimento de ramos cada vez mais especializados do direito

---

<sup>417</sup> GÖCKE, 2010, p. 361.



internacional. Essa especialização funcional conduziria à formação de espaços de direito internacional específicos, em que as regras e os métodos de interpretação seriam diferenciados, e os órgãos responsáveis pela sua aplicação possuiriam uma lógica própria, assim como os atores engajados em cada um desse subsistema possuiriam diferentes e diversas pretensões, afastando-se das regras de direito internacional geral. A possibilidade de que essas áreas especializadas pudessem construir muros tanto em relação às demais áreas específicas como também em relação ao direito internacional geral levou que a doutrina atribuisse a esses campos a designação de “regimes autocontidos” (*self-contained regimes*).<sup>418</sup>

Isso resultaria em fragmentação que, de acordo com CRAWFORD (2014), seria “o produto de um sistema de leis que, de longe, é carente de um sentido de integração vertical, de hierarquia.”<sup>419</sup> Esse autor se refere ainda nessa obra a dois tipos de fragmentação: a fragmentação substantiva, que estaria relacionada às divergências de conteúdo a respeito das regras do direito internacional, e a fragmentação institucional, verificada a partir do fenômeno conhecido como “proliferação” de cortes e instituições internacionais, com o risco consequente de sobreposição de jurisdições entre esses órgãos.

A constatação da fragmentação e sua importância para o direito internacional chamou a atenção da Comissão de Direito Internacional (CDI), que estabeleceu um grupo de estudo para analisar a questão da fragmentação do direito internacional e as dificuldades emergentes da diversificação e expansão do direito internacional. O grupo de estudo apresentou seu relatório final em 2006.<sup>420</sup> Nesse estudo, a CDI definiu os regimes autocontidos como “um grupo de regras e princípios preocupados com determinado objeto específico” e que seja “aplicado como *lex specialis*. Esses regimes especiais frequentemente possuem suas próprias instituições para administrar as regras pertinentes.”<sup>421</sup> Nesse relatório, a CDI oferece diversos critérios e diretrizes para resolução de antinomias no direito internacional.

---

<sup>418</sup> As origens do termo podem ser localizadas no julgamento da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) relacionado ao Canal de Kiel. Ver CRAWFORD, 2014, p. 303.

<sup>419</sup> Ver CRAWFORD, 2014, p. 283. No original: “the product of a system of laws that, by and large, lacks a sense of vertical integration, of hierarchy.”

<sup>420</sup> Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two. A/61/10, para. 251.

<sup>421</sup> Ibid., parágrafo 11. No original: “A group of rules and principles concerned with a particular subject

Examinando os sub-regimes de proteção dos povos indígenas, constata-se existir uma diferença principalmente entre o sub-regime construído no âmbito da OIT, que orbita em torno da Convenção n.º 169, e os sub-regimes de proteção dos direitos humanos e em desenvolvimento no âmbito das Nações Unidas. Os direitos de participação, na sua modalidade de direito à consulta, como quer a Convenção n.º 169 e o CEACR, podem ser concebidos como “direitos de participação” mínimos, enfatizando-se principalmente o seu carácter procedimental de ouvir, em boa-fé, os povos indígenas e se esforçar para um acordo. O CEACR não interpretou esses direitos como condicionando a adoção de políticas públicas governamentais ao consentimento expresso dos povos indígenas, muito embora tenha ressaltado que os Estados partes deveriam lançar mão de diversos mecanismos a seu alcance para tentar obter um acordo.

Contudo, como vimos, há outro conteúdo atribuído aos direitos de participação, que apontam como elemento central a necessidade do consentimento voluntário, prévio e informado. Essa derivação normativa decorre principalmente das conclusões de diversos *treaty-bodies* de direitos humanos e dos órgãos das Nações Unidas que atuam diretamente com assuntos relacionados aos direitos de povos indígenas. Embora os direitos de participação, nessa perspectiva, nem sempre demandem o consentimento voluntário, prévio e informado (como, por exemplo, em relação a medidas estatais de baixo impacto sobre determinada comunidade), a necessidade do consentimento emerge mais como regra do que exceção. Vistos ainda pela outra faceta do consentimento, o direito de veto a medidas legislativas e administrativas emerge como um “direito de participação máximo”.

Isso resulta da ausência de centralização do direito internacional e a possibilidade de existirem diferentes ordens normativas em paralelo. O caso dos direitos de participação é um claro exemplo dos efeitos dessa fragmentação e da ausência de mecanismos formais para uma resolução coordenada entre esses distintos sub-regimes. Nessa perspectiva, é possível que o Estado haja em conformidade com a Convenção n.º 169 da OIT, mas tenha sua conduta reprovada por determinado órgão de supervisão dos tratados de direitos humanos (embora dificilmente vislumbramos a hipótese de acontecer o contrário, haja vista que o regime de direitos humanos – assim como o sub-

---

*matter may form a special regime (“Self-contained regime”) and be applicable as lex specialis. Such special regimes often have their own institutions to administer the relevant rules.”*

regime em desenvolvimento no âmbito da ONU – possuem uma expansão das regras relacionadas aos direitos de participação).

Poder-se-ia argumentar que não haveria divergência, pois um regime apresentaria a garantia mínima e outro uma garantia maior, e o cumprimento do menor não significaria a ilicitude da conduta em relação à maior. A força qualitativa a que nos referimos ao direito de participação – força mínima como caráter meramente procedimental até a força máxima do consentimento prévio, voluntário e informado – será dada de acordo com a matriz utilizada para sua análise. Mas isso esconde o fato de que ambos os regimes buscam tutelar o mesmo valor: direitos políticos coletivos dos povos indígenas em influenciarem no processo decisório governamental ou internacional. O “selo de validade” de um sub-regime poderá trazer repercussões para a conduta estatal, que se verá legítima sob o ponto de vista desse sub-regime, ainda que não esteja em conformidade com os demais.

Isso traria dificuldades relacionadas ao cumprimento das obrigações internacionais, e é incerto como esses sub-regimes desatarão esse nó. É improvável se concluir, por enquanto, por uma unificação e coerência sistemática no direito internacional sobre os direitos de participação, ainda que haja fortes indícios de que os órgãos internacionais vêm tentando harmonizar seus entendimentos. Demonstrações recentes sobre essa tendência podem ser extraídas, por exemplo, dos comentários do CEDR sobre os relatórios periódicos dos Estados, dando menos ênfase ao consentimento e focalizando mais um procedimento legítimo de consulta, ou da Corte Interamericana, que no caso *Sarayaku* buscou lastrear sua fundamentação com muito mais ênfase na Convenção n.º 169 e na leitura feita pelo CEACR a respeito desse tratado.

Não obstante alguns sinais de fragmentação, os direitos de participação são, hoje, uma visível realidade, invocados constantemente no foro internacional e agora um mapa de orientação normativa levados a sério rotineiramente pelos organismos e entidades que lidam com essa matéria. Contudo, a par desses avanços normativos benéficos à afirmação cultural dos povos indígenas e de seus direitos territoriais no direito internacional, cumpre indagar o que eles significam para a sua autodeterminação e, o que nos parece ainda mais relevante, como são capazes de redefinir as bases de um relacionamento política e historicamente complexo entre os Estados constitucionais e os povos indígenas. Faremos isso na sequência.

## 5. “AQUILO QUE TOCA A TODOS, DEVE SER DECIDIDO POR TODOS”: DIREITOS POLÍTICOS COLETIVOS NO DIREITO INTERNACIONAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO

*The application of the Convention is extremely complex and may have a profound impact which may go even to the heart of the constitutional order of ratifying States. Its ratification may imply the adoption of new national standards, or the adaptation of existing standards to define under the Convention a new relation between governments and national societies with indigenous and tribal peoples. One of the fundamental precepts of this Convention is that a relationship of respect should be established between indigenous and tribal peoples and the States in which they live, a concept which should not be confused with autonomy or political and territorial independence from the nation State. – General Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, OIT, 1999*

Como a epígrafe que introduz esse capítulo destaca, os direitos previstos na Convenção e, acrescentamos, na Declaração, repercutem no cerne da estrutura do Estado e no modo como a comunidade política exerce sua autoridade sobre os povos reconhecidos como indígenas. Tanto o direito à autodeterminação dos povos indígenas como os direitos de participação possuem um eminente conteúdo político que visa, se não à redistribuição do poder dentro das comunidades políticas, ao menos a um reconhecimento mútuo de respeito e de participação dessa categoria coletiva nos processos decisórios governamentais.

Mas sob quais argumentos, e por que, o direito internacional passaria a regular a relação entre os povos indígenas e os Estados em que se encontram? Reflexões sobre essas perguntas constituem o principal objeto desse capítulo. Assim, aqui buscamos compreender os fundamentos do reconhecimento dos direitos políticos coletivos aos povos indígenas analisados nesse trabalho – o direito à autodeterminação e os direitos de participação – e qual o papel esperado a partir de seu reconhecimento no direito internacional.

Além disso, cumpre apontar as relações possíveis entre essas duas modalidades de direitos políticos coletivos que percorreram, e seguem percorrendo, caminhos distintos dentro do direito internacional. Os direitos de participação assumem agora um

papel de protagonismo como direitos destinados à proteção dos povos indígenas. Sua relação com o direito à autodeterminação não tem sido muito clara nos instrumentos internacionais pertinentes e poucas vezes essa correlação é realizada pelos órgãos internacionais responsáveis pela sua aplicação. Desse modo, investigamos como a literatura jurídica tem abordado essa relação.

Do mesmo modo, insta também produzir uma análise crítica a respeito do conteúdo desses direitos, como compreendidos pelos órgãos internacionais, identificando algumas tensões e complexidades ainda não inteiramente solucionadas no discurso jurídico. Resta, assim, investigarmos o que toda essa movimentação político-normativa direcionada à proteção dos povos indígenas poderia significar para um direito internacional estatocêntrico e liberal que apresenta notórias dificuldades em reconhecer autoridades quando não articuladas sob o manto do Estado.

Desse modo, esse capítulo se constitui como uma reflexão teórica, articulando esses direitos reconhecidos aos povos indígenas e apontando as tensões e contradições possivelmente existentes quando se busca efetivá-los.

## 5.1. OS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS POLÍTICOS COLETIVOS DOS POVOS INDÍGENAS

O direito à autodeterminação e os direitos de participação podem ser concebidos como direitos políticos, à medida que têm, no contexto indígena, a finalidade de atribuir aos povos indígenas um grau de poder para definir, por eles próprios, como manejar seu território e os recursos naturais neles existentes e como conduzir suas instituições políticas, sociais e econômicas. Embora distinto do direito político por excelência – o direito de votar e ser votado –, tanto o direito à autodeterminação como os direitos de participação pretendem garantir voz política às comunidades indígenas situadas no território do Estado, voz que teria sido historicamente negada não só pelo direito internacional, mas também pelas ordens jurídicas domésticas.

Nesse sentido, consideramos que o direito à autodeterminação e os direitos de participação possuem uma dimensão política, mas que extrapola o interesse individual

de seus membros. Em realidade, esses direitos são conferidos à coletividade indígena enquanto tal e, portanto, podem ser qualificados como direitos políticos coletivos.<sup>422</sup>

Os direitos de participação e o direito à autodeterminação atribuem aos povos indígenas o direito de falar e de terem sua vontade levada em consideração pelos Estados, seja na sua versão mais suave, como uma consulta sem a prerrogativa de obstaculizar as medidas estatais, seja na sua versão mais forte, como a necessidade de obter o consentimento e, por conseguinte, o reconhecimento da prerrogativa do poder de veto para determinadas situações.

O consentimento como requisito de legitimidade na condução dos negócios públicos não é novidade trazida pelo direito internacional contemporâneo. Em realidade, a proposição da necessidade do consentimento para que os governantes exerçam autoridade sobre os povos indígenas remonta-se ao momento do encontro entre o Velho e o Novo Mundo.

Foi Bartolomé de las Casas, padre espanhol, quem articulou uma ideia semelhante em uma de suas últimas obras, *De thesauris in Peru*, escrita em 1565, quando tinha noventa e um anos de idade (PENNINGTON, 1970). Em *De thesauris*, Las Casas parte da citação de textos canônicos para sustentar e desenvolver seus argumentos, adaptando-os para aplicá-los a novas situações – no caso, aquela com que se deparava no continente americano. Em uma determinada seção do *De thesauris*, a preocupação de Las Casas era demonstrar que o Papa, autoridade máxima eclesiástica, não poderia conceder a jurisdição temporal dos indígenas americanos aos monarcas

---

<sup>422</sup> Para um debate sobre a possibilidade de existência de direitos coletivos numa tradição anglo-saxã de filosofia política, ver KYMLICKA, Will (org.). *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. Sobre o caráter coletivo dos direitos de participação previstos na Declaração, assim aporta o segundo relatório do Comitê sobre Direitos dos Povos Indígenas da ILA: “Finalmente, é importante destacar que o art. 18 reconhece um direito coletivo de participação apenas; indivíduos pertencendo aos povos indígenas gozam os direitos de participação política mais limitados (garantidos pelo direito internacional dos direitos humanos e pelo direito sobre minorias), mas o direito de participar nos processos de tomada de decisão que afetam os direitos dos povos indígenas é atribuído ao grupo como uma coletividade.” (ILA, 2010, p. 14) No original: “*It is finally important to stress that Article 18 recognizes a collective right of participation only; individuals belonging to indigenous peoples enjoy more limited rights of political participation (guaranteed by international human rights law and the law on minorities), but the right to participate in decision-making processes that affect the rights of indigenous peoples is accorded to the group as a collectivity.*” DAES relata ainda que o reconhecimento de direitos coletivos no plano internacional se tornou também um dos pontos de debate da Declaração. De acordo com ela, alguns representantes de governos apontaram que o reconhecimento de direitos coletivos seria inconsistente com os instrumentos internacionais de direitos humanos. Essa posição foi combatida pelos representantes dos indígenas, para quem deveria haver uma extensão da compreensão ocidental tradicional sobre direitos humanos para reconhecer os direitos dos povos a existirem enquanto coletividades. Ver DAES, 2011, p. 30-31.

espanhóis. Para iniciar sua argumentação, ele cita um brocardo legal latino cuja origem era proveniente do direito privado romano: *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari* – o que toca a todos deve ser decidido por todos.

De acordo com PENNINGTON (1993), essa fórmula, embora originária do direito privado romano, adquiriu uma notável importância no âmbito do *ius commune* medieval. No direito canônico medieval, ele serviu como base para amparar os direitos de membros de baixo escalão da hierarquia eclesiástica em participar da condução dos negócios da Igreja. Ainda, no início do século XIV, quando os monarcas europeus convocavam assembleias representativas da nobreza, do clero e das cidades, frequentemente se referiam a essa máxima legal para justificar a convocação. Desse modo, PENNINGTON (1993) conclui que o princípio *quod omnes tangit* teria se tornado a base teórica do parlamento.

Todavia, Las Casas mirava outra funcionalidade para a aplicação desse princípio. O que ele pretendia, a partir de sua invocação no *De thesauris*, era demonstrar que seria perigoso e indesejável que um príncipe ou bispo se afirmasse contra um povo que não concordasse com o exercício de sua autoridade. Ampliando o argumento, afirmaria que um rei não deve ser dado a um povo livre estrangeiro sem que esse último consentisse. Concluiria a partir daí, que um papa não poderia impor aos infiéis – como também eram considerados os indígenas do Novo Mundo – um novo rei sem o seu consentimento. O papa não poderia, portanto, conceder o domínio no Novo Mundo ao rei espanhol sem o consentimento dos indígenas afetados. Desse modo, PENNINGTON (1993) conclui que, embora apresente o princípio de maneira a conciliá-lo com seu uso no passado conforme o direito canônico, Las Casas aplicou a máxima para uma nova situação.

Noções como “autodeterminação” e “direitos de participação”, em sua roupagem moderna e como hoje se apresentam na linguagem jurídica e no discurso político, pareceriam decerto estranhas ao padre espanhol da Era das Navegações. Contudo, o princípio que subjaz a ambos esses direitos – a importância da vontade e do consentimento expresso dos governados como condição do exercício da autoridade política – talvez não fosse tão alienígena para Las Casas, possuindo uma tradição

respeitável na Idade Média e que voltaria à tona no pensamento contratualista do início da Idade Moderna.<sup>423</sup>

Mas, hoje, ao se fazer uma afirmação pela necessidade de reconhecimento dos direitos políticos coletivos dos povos indígenas, dificilmente o interlocutor esclarecido se contentaria e se convenceria com a invocação de um brocardo originário do direito privado romano. Do mesmo modo, apareceria igualmente desatualizado a utilização de um tratado canônico sobre o direito dos monarcas europeus de governarem os povos indígenas.

Onde se encontrariam, portanto, os fundamentos morais do direito internacional contemporâneo para reconhecer e garantir aos povos indígenas essas categorias tão especiais de direitos políticos coletivos?

### *5.1.1 O argumento culturalista da diversidade étnica*

Talvez o argumento moral mais forte utilizado para a proteção dos povos indígenas e o reconhecimento de certa categoria de direitos especiais (entre os quais se incluem os direitos políticos coletivos) refere-se à necessidade de preservação de sua integridade física e cultural.

Nessa perspectiva, reconhece-se aos povos indígenas serem detentores de histórias e padrões culturais distintos, que demandam uma proteção especial. A igualdade formal, como classicamente reconhecida nas Constituições, não é um mecanismo útil e válido para a proteção da cultura indígena, pois esses direitos civis e políticos clássicos normalmente são invocados e funcionam em seu prejuízo. A proteção da identidade cultural emerge como um valor não só para determinada comunidade, mas para todos.<sup>424</sup>

---

<sup>423</sup> Basta verificar a centralidade que a vontade e o consentimento possuem na obra de Hobbes e Locke. Em ambos, é o consentimento, expresso no contrato social, a fundação da legitimidade da autoridade política do governo. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. A versão em inglês da obra de Locke “*Second Treatise of Government*” foi lida em MORGAN, Michael L. *Classics of Moral and Political Theory*. Fifth edition. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2011.

<sup>424</sup> Como conclui o Comitê sobre Direitos dos Povos Indígenas da ILA: “Os povos indígenas são titulares de direitos humanos coletivos voltados à garantia da preservação e transmissão para futuras gerações de sua identidade e distinção cultural. No original: “*Indigenous peoples are holders of collective human rights aimed at ensuring the preservation and transmission to future generations of their cultural identity and distinctiveness.*” (ILA, 2012, p. 29).



Garantir a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas justifica-se a partir da valorização e da riqueza que a diversidade cultural proporciona não só para uma sociedade, mas também para toda a humanidade. Sob o ponto de vista desse argumento, a diversidade cultural é considerada um elemento que deve ser respeitado em uma democracia contemporânea digna do termo. Assim, o reconhecimento e a proteção dos direitos dos povos indígenas são vistos como indispensáveis para sua sobrevivência física e cultural.<sup>425</sup>

Essa ideia de vincular os direitos de participação à segurança política dessas sociedades encontra eco numa corrente relacionada à visão de “paz positiva” da segurança, relacionada a teorias contemporâneas de desenvolvimento. Nesse sentido, a segurança política pode ser entendida como “a garantia de participação nos processos decisórios e de não interferência de grupos ou autoridades nos projetos individuais de boa vida”, o que lhe dá o poder de “reformarem as regras de distribuição de renda ou de acesso aos bens e serviços sociais.” (RAMINA & CUNHA FILHO, 2013, p. 102). Nessa perspectiva, a segurança passa a ser funcionalizada em razão da sociedade, e não mais do Estado. Dessa forma, promove-se a “segurança humana”, de caráter multidimensional, deslocando-se de um modelo puramente estatocêntrico para um modelo de referência social.

Nos *considerandos* do preâmbulo da Convenção n.º 169, consta expressamente o reconhecimento das “aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram” bem como da “particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais”. A Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas também se refere no preâmbulo à afirmação de que “todos os povos contribuem para a diversidade e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade,”

A relação entre a proteção da cultura e de uma democracia é afirmada, por exemplo, no *obiter dicta* da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Sarayaku*, analisado no capítulo anterior:

---

<sup>425</sup> Sobre o tema, ver. LÂM, 2000, p. 179; DAES, 2011b, p. 463.

159. A Corte observa, então, que a estreita relação das comunidades indígenas com seu território tem, em geral, um componente essencial de identificação cultural baseado em suas próprias cosmovisões, e que, **como atores sociais e políticos diferenciados em sociedades multiculturais, devem ser especialmente reconhecidos e respeitados numa sociedade democrática. O reconhecimento do direito à consulta das comunidades e povos indígenas e tribais está alicerçado, entre outros, no respeito de seus direitos à cultura própria ou identidade cultural** (parágrafos 212 a 217 *infra*), os quais devem ser garantidos, sobretudo numa **sociedade pluralista, multicultural e democrática**. (grifo nosso)

Ainda que a identidade e diversidade cultural não fossem uma preocupação dos formuladores de importantes tratados de direitos humanos – como aponta TRINDADE em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>426</sup>, mas também percebido no âmbito dos tratados do sistema universal –, cada vez mais ela passou a assumir a centralidade dos órgãos internacionais que lidam com o tema.

O CEDR, na Recomendação n.º 23, também analisada, após indicar sua preocupação quanto à discriminação sofrida por povos indígenas, aponta que isso representa uma ameaça à preservação de sua cultura e de sua identidade histórica.<sup>427</sup>

No Parecer n.º 2, o Mecanismo Especialista sobre Direitos Humanos inicia seu estudo apontando que “os direitos de tomada de decisão e participação dos povos indígenas em decisões que os afetem são necessários para possibilitar a eles a protegerem, *inter alia*, suas culturas, incluindo suas línguas e suas terras, territórios e recursos.”<sup>428</sup>

O reconhecimento da diversidade cultural e a proteção da cultura por meio do reconhecimento dos direitos especiais – como o direito à autodeterminação e os direitos

---

<sup>426</sup> Assim afirma o autor: “Apesar dos formuladores [da Convenção Americana, RSL] não inserirem expressamente no seu corpus normative o direito à identidade cultural, as novas necessidades de proteção conduziram a Corte Interamericana de Direitos Humanos a lidar com isso em anos recentes, na resolução de casos de grande densidade cultural, apreciando circunstâncias distintas.” No original: “*Although its draftsmen did not expressly insert into its normative corpus the right to cultural identity, the changing needs to protection have led the Inter-American Court of Human Rights to dwell upon it in recent years, in the resolution of cases of great cultural density, disclosing distinct circumstances.*” (TRINDADE, 2009, p. 498)

<sup>427</sup> Recomendação n.º 23. Parágrafo 3.

<sup>428</sup> No original: “1. (...) Decision-making rights and participation by indigenous peoples in decisions that affect them is necessary to enable them to protect, *inter alia*, their cultures, including their languages and their lands, territories and resources.”

de participação – deve ser compreendidos não como uma tentativa de fossilização ou guetização dessas comunidades, como objetos a serem preservados em um museu vivo de suas culturas, mas, como aponta WEISSNER (2012), a comunidade internacional deve apoiar suas aspirações em viver de acordo com os seus códigos espirituais.<sup>429</sup>

Como concluiu o segundo relatório do Comitê sobre Direitos dos Povos Indígenas da ILA<sup>430</sup>:

Finalmente, diversos artigos da Declaração esclarecem que salvaguardar a identidade distinta dos povos indígenas não consiste na conservação do *status quo*, mas é um processo em aberto: ele não está limitado a revitalizar, manter, controlar, praticar e proteger formas passadas e futuras de suas identidades, mas eles também têm o direito de avançar no desenvolvimento dessas identidades.<sup>431</sup> (ILA, 2010, p. 36)

O reconhecimento da necessidade de proteger culturas distintas dentro de uma sociedade tem conduzido à caracterização dessas sociedades como sociedades pluralistas<sup>432</sup> ou multiculturais<sup>433</sup>.

Compreendemos o termo “multiculturalismo” ou “interculturalismo” a partir da noção de multiculturalismo apresentada por KYMLICKA, isto é, como um “termo guarda-chuva para cobrir um largo campo de políticas voltadas a oferecer algum nível de reconhecimento, apoio ou acomodação pública a grupos etnoculturais não dominantes”, tendo em comum o fato de que essas políticas

---

<sup>429</sup> A citação completa do original segue assim: “*While it is impossible and undesirable to imprison indigenous peoples in a living museum of their culture, the world community at large ought to support their choice to live according to the codes of their inner worlds.*” (WEISSNER, 2012, p. 60)

<sup>430</sup> Sobre a ILA, ver nota de rodapé n.º 141.

<sup>431</sup> No original: “*Finally, numerous articles of the UNDRIP226 clarify that the safeguarding of the distinct identity of indigenous peoples does not consist in the conservation of a status quo, but is an open-ended process: it is not limited to revitalize, maintain, control, practise and protect past and present forms of their identities, but they also have the right to further develop these identities.*”

<sup>432</sup> BELL utiliza o termo “sociedades plúrais” para se referir à existência de grupos sociológicos segmentados que podem estabelecer uma coesão cultural e política efetiva dentro da sociedade, ao mesmo tempo que podem fazer reivindicações culturais, econômicas e políticas com base na identidade de grupo. (BELL, 1996)

<sup>433</sup> Outros termos utilizados são “Estados poliétnicos e policomunitários” (HOBSBAWN, 1990, p. 185)

vão além da proteção dos direitos civis e políticos básicos garantidos a todos os indivíduos num Estado democrático-liberal, para também estender algum nível de reconhecimento e suporte público para minorias etnoculturais em manter e exprimir suas identidades e práticas distintas.<sup>434</sup> (KYMLICKA, 2007, p. 16)

Assim, o multiculturalismo pode ser aplicado como uma categoria conceitual para denotar políticas oficiais orientadas ao reconhecimento, acomodação e implementação de garantias direcionadas ao respeito das diferenças culturais exercidas por grupos específicos minoritários ou não-hegemônicos, que vão desde o desenvolvimento de políticas educacionais bilíngues até à admissão de autonomia constitucional. Usualmente, não se trata apenas de um termo que se aplica a Estados que abrigam povos indígenas, mas também minorias étnicas, religiosas, linguísticas, incluindo até mesmo imigrantes que se articulam como minorias. Contudo, diante do objeto desse estudo, quando nos referirmos ao multiculturalismo e suas consequências, temos em mente precipuamente os povos indígenas e as relações com o Estado que os engloba.

O multiculturalismo tem como propósito reconhecer diferenças culturais e acomodá-las, mas sem abrir mão do projeto de Estado e do vínculo de cidadania que liga as culturas reconhecidas a esse Estado.<sup>435</sup> Nesse sentido, o multiculturalismo figura como um projeto alternativo de integração política, só que, dessa vez, admitindo um Estado multinacional, ao invés de um Estado uninacional.

Boaventura de Sousa Santos acrescenta ainda a busca de um multiculturalismo emancipatório ou pós-colonial (GANDIN & HYPOLITO, 2003). Esse multiculturalismo tem como fundamento uma política entre a política da igualdade e a política da diferença, possuidora de uma tensão ao mesmo tempo dinâmica e complexa. Distintamente do que ocorria com as lutas sociais do início do século XX, a política da diferença não é norteada pela redistribuição, mas é orientada principalmente pelo

---

<sup>434</sup> No original: “*I am using multiculturalism as an umbrella term to cover a wide range of policies designed to provide some level of public recognition, support or accommodation to non-dominant ethnocultural groups.(...) What they all have in common, however, is that they go beyond the protection of the basic civil and political rights guaranteed to all individuals in a liberal-democratic state, to also extend some level of public recognition and support for ethnocultural minorities to maintain and express their distinct identities and practices.*”

<sup>435</sup> De acordo com HITCHINSON & SMITH (1996), multiculturalismo seria, portanto, a expressão política de uma abordagem mais pluralista a respeito da nacionalidade em estados ocidentais poliétnicos.

reconhecimento. Logo, o multiculturalismo emerge com dois objetivos: a redistribuição socioeconômica e o reconhecimento da diferença cultural.

Esse autor identifica o seguinte imperativo intercultural:

uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. (SANTOS, 1997, p. 30)

Na América Latina, LACERDA identifica as demandas de uma sociedade pluralista e multicultural a partir do Simpósio sobre Fricção Interétnica na América do Sul, que culminou na Declaração de Barbados, de 30 de janeiro de 1971. Embora resultante de uma articulação pela sociedade civil, da Declaração de Barbados emergiu um ascendente movimento de lideranças e intelectuais indígenas e indigenistas, que reivindicaram, além da autodeterminação e autonomia, o reconhecimento do caráter pluriétnico e multicultural dos Estados. Esse processo, que aos poucos questionava a ideia de um Estado uninacional e quebrava as barreiras do assimilacionismo, desembocaria, no Brasil, na Constituição de 1988, uma das primeiras a reconhecer a diversidade e a proteção das culturas indígenas. (LACERDA, 2008, 27-29)

O reconhecimento da proteção dos direitos com fundamento na diversidade cultural e a reivindicação de seus direitos para proteger essa distinção são o foco de resistência desses grupos indígenas que, parafraseando GELLNER, querem evitar um terrível destino, para que suas culturas não desapareçam lentamente e não se dissolvam na cultura dominante, fugindo-se assim do “caixote do lixo da história sem oferecerem qualquer resistência.” (GELLNER, 1993, p. 76-77)

### *5.1.2 Marginalização e falhas do processo representativo democrático*

Guardando uma relação com o direito à identidade cultural e a valorização da diversidade, surge como fundamento de um regime diferenciado para os povos indígenas, além do reconhecimento de sua autodeterminação, o fato de se caracterizarem como sociedades marginalizadas dos processos políticos, econômicos e

sociais no interior dos Estados. Em realidade, não só os povos indígenas figurariam como uma das faixas sociais mais desfavorecidas, como seriam marginalizados, alijados ou excluídos dos processos político-democrático formais do Estado.<sup>436</sup> Como analisado na seção 3, a ideia de serem não-dominantes na comunidade política de que participam compõe, sob o ponto de vista conceitual, a própria ideia do “indígena” no âmbito do direito internacional.

Nessa percepção, os processos democráticos e representativos normalmente não funcionariam adequadamente para lidar com as preocupações que são específicas dos povos indígenas, pois são tipicamente marginalizados na esfera política. Os direitos políticos coletivos passam a ser reputados, portanto, como instrumentos fundamentais de acesso ao governo, isto é, como garantias destinadas a remediar a marginalização ou exclusão política desses grupos.

HANNUM aponta para uma tensão inerente entre a obrigação de toda a sociedade reconhecer o pluralismo e a diversidade e o desejo de toda cultura – seja ela majoritária, minoritária ou indígena – em perpetuar seus valores. De acordo com esse autor, o Estado deve exercer um importante papel como mediador entre essas forças concorrentes, de modo a definir os parâmetros dentro dos quais o conflito resultante será mais criativo que destrutivo.<sup>437</sup>

Como mencionado na seção 3, um dos pontos para caracterizar determinado povo como indígena é a ausência de controle político do Estado que exerce sua soberania sobre as terras indígenas. De acordo com SCHEININ (2005b), isso atribuiria à indianidade uma natureza situacional ou relacional, pois os povos indígenas se compõem como uma minoria em relação à população dominante, mesmo no caso de se constituírem como uma maioria numérica. Nesse sentido, os dispositivos materiais da Convenção n.º 169 regulariam a relação entre o Estado e um grupo indígena residindo no interior do Estado, presumindo que o Estado está nas mãos de outros, no caso, a sociedade dominante (SCHEININ, 2005b).

ROMBOUTS (2014) soma a esse argumento o fato de ser duvidoso se os povos indígenas teriam aceitado a sua inclusão na estrutura política maior em primeiro lugar. De acordo com esse autor, sistemas e valores políticos foram frequentemente impostos sobre eles, sem o seu consentimento, e frequentemente lançando mão de uma

---

<sup>436</sup> Ver ANAYA, 2004, p. 4.

<sup>437</sup> Ver HANNUM, 1993, p. 13.

prática sistemática repressiva e de assimilação forçada. Dessa forma, eles não participaram de forma ativa na própria construção do Estado e nem compartilharam o poder político. Logo, o reconhecimento de determinados direitos políticos coletivos contribuiriam a um envolvimento retroativo no processo de criar e participar de instituições políticas no Estado em que residem. A expressão utilizada por DAES (2011) – “nações diferidas” (*belately nations*) – visa captar bem essa tentativa de resgatar a construção política na atualidade por esses povos ignorados.

O fato de a democracia liberal, organizada por meio de eleições e do sistema partidário, não ser suficiente para canalizar as demandas e representar os interesses dos povos indígenas invoca a necessidade de se atribuir uma categoria específica de direitos políticos para garantir alguma paridade de armas aos povos indígenas em face das decisões estatais. Assim, os direitos de consulta e participação buscam dar um instrumental político-jurídico para que os povos indígenas consigam verbalizar suas posições e se fazer ouvir por vias institucionais oficiais, até então inexistentes, inadequadas ou ineficientes.<sup>438</sup>

### 5.1.3 Autodeterminação dos povos

Também articulado em conjunto com o direito à identidade cultural, o direito à autodeterminação dos povos surge como um dos mais essenciais princípios jurídicos que dão força normativa às demandas de autonomia e de acesso ao governo. Sua utilização para proporcionar aos povos indígenas o direito de decidirem a respeito de suas instituições e de como manejam suas terras e os recursos naturais nela existentes é favorecida por se tratar, como vimos na Seção 2 *supra*, de um direito reconhecido juridicamente e reverenciado pela sociedade internacional, ainda que o alcance do seu conteúdo permaneça sendo objeto de disputas.

A autodeterminação dos povos não só distingue os povos indígenas das minorias<sup>439</sup>, como também busca colocar no mesmo patamar de negociação política os representantes desses povos e os representantes dos Estados.

---

<sup>438</sup> Um outro mecanismo que também tem sido utilizado por alguns Estados é o estabelecimento de cotas para cargos nos órgãos legislativos nacionais e regionais. Essa medida foi adotada, por exemplo, pela Nova Zelândia, Colômbia, Fiji e Venezuela. Ver ILA, 2010, p. 12.

<sup>439</sup> Tema abordado em 3.2 *supra*, em especial no item “Os povos Indígenas versus Minorias” (3.2.1).

O Relatório Martinez-Cobo, considerando que o direito à autodeterminação constituía o direito de livre escolha pelos povos indígenas, indica que ele pode ser exprimido em diversas formas de autonomia dentro do Estado.

Considerando que a autonomia não se exerce apenas por meio de entidades territoriais políticas (como ocorre, por exemplo, com os Estados membros dentro de uma federação), os direitos de participação também reforçam essa autonomia, ao atribuir aos povos indígenas a possibilidade de exercerem algum tipo de controle e influência política e econômica sobre suas terras e cultura. Os direitos de participação possuem, portanto, uma dimensão de autonomia, compreendida como uma das modalidades do exercício à autodeterminação.

O Mecanismo Especialista sobre os Direitos dos Povos Indígenas também faz essa referência à autodeterminação como fundamento da autonomia e dos direitos de participação, quando aduz:

No que toca ao direito à autodeterminação, a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas afirma que os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm o direito de desenvolver e manter suas próprias instituições e autoridades tomadoras de decisão em paralelo ao seu direito de participar em processos de tomada de decisão externos que os afetem. Isso é crucial para sua habilidade em manter e desenvolver suas identidades, línguas, culturas e religiões dentro da estrutura do Estado em que vivem.(...) Os deveres de consulta com os povos indígenas e de obter seu consentimento livre, prévio e informado são elementos cruciais do direito à autodeterminação.<sup>440</sup>

GÖCKE (2010) considera que os direitos de participação, na sua modalidade de consentimento voluntário, prévio e informado, seria um princípio que protegeria indiretamente a autodeterminação, e, portanto, seria conferido apenas aos povos indígenas, e não às minorias.

---

<sup>440</sup> Parecer n. 2. Parágrafos 17 e 18. No original: “With regard to the right to self-determination, the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples affirms that indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to develop and maintain their own decision-making institutions and authority parallel to their right to participate in external decision-making processes that affect them. This is crucial to their ability to maintain and develop their identities, languages, cultures and religions within the framework of the State in which they live.(...) The duties to consult with indigenous peoples and to obtain their free, prior and informed consent are crucial elements of the right to self-determination.” O parágrafo 20 também afirma os direitos de participação como inseridos no direito à autodeterminação.



Os direitos de participação poderiam assim ser considerados como um tipo de medida de autogoverno, que, para ANAYA (2004), constitui-se como a dimensão política da autodeterminação, que requer tanto esferas de autonomia para as instituições indígenas como também meios efetivos de participação dos povos indígenas na ordem política.

ROMBOUTS faz uma conexão mais explícita entre cultura e autodeterminação ao destacar que

A demanda pela autodeterminação se baseia na crença de que os direitos dos povos indígenas em praticar suas culturas e tradições livremente de acordo com suas estruturas institucionais e costumes próprios é de extrema valia para protegê-los, e que em ordem para alcançar isso os povos indígenas devem ser capazes de participar integralmente nos processos de tomada de decisão relevantes. (ROMBOUT, 2014, p. 14)<sup>441</sup>

A autonomia serviria, por fim, também como uma afirmação da diversidade pois, como aponta HANNUM (1993), a autonomia política se constitui igualmente no direito de ser diferente e de ser deixado em paz, haja vista preservar, proteger e promover valores que estão fora do alcance do resto da sociedade.<sup>442</sup>

## 5.2. DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO, DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL

### 5.2.1. A relação entre os direitos de participação e autodeterminação

Como analisamos na seção 2, não há uma consequência lógica entre a concretização do direito à autodeterminação – com o reconhecimento de um grupo humano como povo – e o acesso à independência política ou territorial. Ainda que sob uma perspectiva mais generosa ou maximalista, a consubstanciação do direito à autodeterminação em direito a um novo Estado dependeria ainda de outros descritores,

<sup>441</sup> No original: “*The claim to self-determination entails the belief that the rights of indigenous peoples to practice their culture and traditions freely in accordance with their own institutional structures and customs is invaluable in protecting them, and that in order to achieve this, indigenous peoples should be able to fully participate in the relevant decision-making processes.*”

<sup>442</sup> Ver HANNUM, 1993, p. 4.

tais como, para os seguidores da teoria da secessão corretiva, a violação sistemática dos direitos humanos de um grupo dominante sobre uma determinada minoria.

Todavia, conforme apontamos nesse trabalho, o reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos e dos direitos de participação, como direitos políticos coletivos que são, implicam, por evidência, o reconhecimento de um grau de autonomia ao grupo reconhecido como povo indígena.<sup>443</sup> Em determinados casos, para que se configure uma relação de respeito entre os povos indígenas e o Estado, ela só poderá passar pelo reconhecimento de algum grau de autonomia àquele grupo. De acordo com QUALE (2011), a relação entre a autodeterminação e participação seria um dos aspectos inovadores mais interessantes da Declaração, embora se qualifique como uma interação complexa. Compreender esse espaço de autonomia política reconhecido no direito internacional passa agora pela complexa articulação entre direitos de participação e o direito à autodeterminação, com seus reflexos no plano doméstico e, por vezes, político-constitucional dos Estados.

Os direitos de participação podem ser percebidos como um direito decorrente do reconhecimento da autonomia dos povos indígenas, pois funcionam como um mecanismo de realização do direito à autodeterminação, ao permitir acesso de um grupo politicamente vulnerável a meios de influenciar e reorientar decisões de governo quando elas afetem os seus interesses.

Contudo, os direitos de participação, ainda que possuam a natureza de direitos políticos coletivos, não atuam no interior da instituição máxima das democracias liberais, o parlamento. Em realidade, eles convertem-se no poder de uma minoria em influenciar – ou até mesmo vetar, a depender das circunstâncias da medida e da leitura que se faça do dever de consulta – a decisão de uma maioria, representada pelo definidor de políticas públicas que controle o Estado ou um Legislativo majoritário, isto é, representativo da sociedade dominante. Cabe agora indagar qual a relação desse direito com o direito à autodeterminação e como eles se realizam no plano constitucional.

---

<sup>443</sup> Nesse ponto, a posição do órgão da OIT retratada na epígrafe que abre esse capítulo parece um pouco contraditória. Repensar a relação entre o Estado e os povos indígenas envolve necessariamente uma repactuação política, tendente ao reconhecimento de algum grau de autonomia a esses grupos subnacionais, ainda que isso não implique qualquer possibilidade de fragmentação territorial ou política. A disputa quanto a esse grau de autonomia se manifesta, por exemplo, a respeito do reconhecimento ou não do direito de veto aos povos indígenas no procedimento de consulta, tema abordado abaixo.

Os direitos de participação e o direito à autodeterminação no contexto dos direitos indígenas possuem objetivos convergentes. Ambos têm como escopo o aprimoramento do processo democrático e medidas de acesso ao governo por grupos que não detêm o controle do Estado, ao menos sob uma perspectiva constitucional, pois visam a dar voz, inserção política e poder decisório a grupos minoritários que seriam de outro modo excluídos.

Tanto os direitos de autodeterminação dos povos indígenas como os direitos de participação justificam-se pela necessidade de proteger “interesses individuais e de grupo contra uma sociedade mais poderosa.”<sup>444</sup> (HANNUM, 1993, p. 4) A efetivação do direito à autodeterminação e dos direitos de participação surgem, portanto, como condições necessárias à legitimidade do governo e do poder.

Como aponta HANNUM,

A legitimidade do Estado será vista como baseada no respeito pelos direitos humanos e pela participação efetiva de todos os segmentos da população no processo decisório econômico e político, compromissos que vão além da regra da maioria numérica.<sup>445</sup> (HANNUM, 1993, p. 13)

Consulta e participação em processos decisórios parecem como conceitos ligados à autodeterminação. Esse caráter democrático do direito à autodeterminação é percebido, por exemplo, por BURGER (2011), para quem discussões sobre aplicações práticas do direito à autodeterminação deveriam abranger a ampliação dos processos democráticos e melhoramento da igualdade e justiça social para todos os cidadãos de um determinado país.<sup>446</sup>

O artigo 18 da Declaração aparece como um de seus dispositivos mais contundentes quanto à inclusividade democrática, ao dispor

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios

---

<sup>444</sup> No original: “shared individual and group interests against a more powerful society”.

<sup>445</sup> No original: “The legitimacy of the state will be seen to rest upon respect for human rights and the effective participation of all segments of the population in the economic and political decision-making process, commitments that go beyond mere rule by the numerical majority.”

<sup>446</sup> Ver BURGER, 2011, p. 45.

procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.

Não vemos a categorização dos direitos de participação como direitos políticos ou direitos à autodeterminação mutuamente excludentes – os direitos de participação, sob essa perspectiva, têm como finalidade reconhecer a autodeterminação de determinada coletividade dentro do Estado e, ao mesmo tempo em que se qualificam como direitos políticos especiais ao grupo, têm como resultado o exercício da cidadania dentro da comunidade política estatal.

É o direito à autodeterminação dos povos que qualifica os direitos de participação. Seu resultado é nivelar a relação entre os povos indígenas e o Estado em que vivem. Nesse sentido, a necessidade do consentimento voluntário, prévio e informado pode se fazer indispensável quando as medidas a serem adotadas pelo Estado interferem na essência das instituições políticas, econômicas e sociais de determinada comunidade indígena – incluindo-se aí a disposição de suas terras e dos recursos naturais nela existentes. Em determinadas situações, o consentimento expresso seria um desdobramento necessário para se fazer valer respeitar o princípio da autodeterminação.

O direito à autodeterminação, quando ligado aos direitos de participação, apontará para a importância dos esforços para obtenção do consentimento no cumprimento do dever *de negociando* do Estado<sup>447</sup>. Contudo, esse mesmo dever, quando aplicado às minorias étnicas, i.e. coletividades humanas não reconhecidas como povos<sup>448</sup>, não serão vistos com essa mesma força, justamente por lhes faltar o direito à autodeterminação. Daí que o reconhecimento dos direitos de participação às “minorias” deve ser visto com mais cautela, já que o direito internacional não protege a autodeterminação desse grupo.

Os direitos de participação como desdobramento do direito à autodeterminação passam a implicar a necessidade de se obter o consentimento dos povos afetados em determinadas circunstâncias. Nesse sentido, o poder de veto pode surgir como instrumento necessário das denominadas “medidas corretivas” (ANAYA, 2004) pois, sem ele, os povos indígenas se sujeitariam às políticas públicas e planos de

---

<sup>447</sup> Sobre a essencialidade do consentimento para o direito à autodeterminação, ver GILBERT & DOYLE, 2011, p. 312.

<sup>448</sup> Ver o capítulo 2 quanto às distinções entre povos indígenas e minorias étnicas, bem como as questões práticas e teóricas subjacentes a essa distinção.

desenvolvimento econômico que não foram definidos com a sua participação, violando assim sua autodeterminação.

Como aponta o relatório da ILA:

O valor intrínseco da participação política reside na sua habilidade em dar expressão a aspectos individuais e coletivos da autodeterminação, à medida que indivíduos e comunidades se engajam no sistema político para demandar que as leis, regulamentos e políticas que regulam a vida social, econômica e política sejam consistentes com suas próprias identidades, interesses e expectativas. O ato de participação política expressa um importante elemento da identidade dos indivíduos e comunidades indígenas, expresso em termos de autonomia pública. As leis, regulamentos e políticas que emergem do processo político no contexto em que os direitos dos povos indígenas à autonomia são exercidos estabelecem o quadro normativo que estrutura sua existência social dentro do Estado e dá realização à autodeterminação individual ou coletiva. Os direitos à autonomia ou autogoverno, portanto, encontram expressão na participação e/ou consulta na formação de normas do Estado. (ILA, 2010, p. 12)<sup>449</sup>

Os direitos de participação e o direito à autodeterminação consolidam-se, portanto, como direitos que visam à redistribuição e ao compartilhamento de poder entre o Estado e o povo indígena dentro do território estatal, sem que se possa afetar o princípio da integridade territorial. Desde uma perspectiva da autodeterminação interna, os direitos de participação se tornam, portanto, um instrumento de defesa das minorias contra a sociedade majoritária. Mas uma pergunta ainda resta a ser respondida: qual a função a ser desempenhada pelo direito internacional na realização de um direito coletivo político que se exerce dentro e em face do Estado?

---

<sup>449</sup> No original: “*The intrinsic value of political participation lies in its ability to give expression to the individual and collective aspects of self-determination, as individuals and communities engage with the political system to demand that the laws, regulations and policies that regulate social, economic and political life are consistent with their own identities, interests and expectations. The act of political participation expresses one important element of the identity of indigenous individuals and communities, expressed in terms of public autonomy. The laws, regulations and policies that emerge from political processes in the context of which the right of indigenous peoples to autonomy is exercised establish the framework of law norms that structure their social existence within the State give realization to individual or collective self-determination. The rights of autonomy or self-government, therefore, find expression in the participation and/or consultation in the rule-making of the State.*”

### 5.2.2 O papel contramajoritário do direito internacional

“Agora, como no passado, são sempre as mesmas entidades que se defrontam: uma etnia nacional em expansão e múltiplas etnias tribais a barrar seu caminho.”

– Darcy Ribeiro, *Os índios e a civilização*

Em sua obra literária “O mundo se despedaça”<sup>450</sup>, o nigeriano Chinua Achebe retrata a desintegração do mundo tribal de Okonkwo, um guerreiro temido da Umuófia e integrante do povo Igbo na Nigéria. Okonkwo exerce um importante papel de liderança em sua sociedade tradicional, e é respeitado e ouvido pelos demais membros. Por violar os costumes locais, Okonkwo é exilado por sete anos. Ao voltar, depara-se com uma sociedade modificada em razão da chegada do europeu, que trouxe os ares da “civilização”: primeiro, por meio da religião cristã e, depois, pela força do próprio império britânico. Ao impor suas leis e suas cortes, o europeu provocara uma completa ruptura naquela sociedade. Diversos membros da comunidade local – que, na história, retratam personagens que ocupavam espaços marginais na sociedade de Okonkwo – passam a se associar ao “branco”. Assim, por meio da fé e da força, o branco deixa de reconhecer as estruturas tradicionais políticas e sociais da tribo, invertendo as relações de poder dentro daquela comunidade. Em um diálogo expressivo, Okonkwo, após chegar e ter conhecimento das transformações pela qual sua sociedade está passando, questiona:

- O que aconteceu, afinal, com aquele pedaço de terra em disputa? – perguntou Okonkwo.
- A corte do homem branco decidiu que deverá pertencer à família de Nnama, que tem dado muito dinheiro aos funcionários e ao intérprete do homem branco.
- Por acaso o homem branco entende os nossos costumes no que diz respeito à terra?
- Como é que ele pode entender, se nem sequer fala a nossa língua? Mas declara que nossos costumes são ruins; e nossos próprios irmãos, que adotaram a religião dele, também declaram que nossos costumes não prestam. De que maneira você pensa que poderemos lutar, se nossos próprios irmãos se voltaram contra nós? O homem branco é muito esperto. Chegou calma e pacificamente com sua religião. Nós achamos graça nas

<sup>450</sup> ACHEBE, Chinua. *O mundo se despedaça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

bobagens deles e permitimos que ficasse em nossa terra. Agora, ele conquistou até nossos irmãos, e o nosso clã já não pode atuar como tal. Ele cortou com uma faca o que nos mantinha unidos, e nós nos despedaçamos.

No final, depois de um conflito que resultou na morte de um soldado inglês, Okonkwo, desiludido com a situação de sua tribo, se mata. O administrador europeu, tomando nota da atitude de Okonkwo, pensa o título do livro que escreveria para narrar seu aprendizado colonial sobre costumes tribais: “A pacificação das tribos primitivas do Baixo Níger.”

Essa narração exemplifica, a partir do gênero literário, como influências externas, que desrespeitam os costumes, a cultura e as estruturas político-sociais de uma comunidade tradicional, podem afetá-la e desintegrá-la, causando sentimentos de degradação moral e espiritual aos seus membros.

Como diversos casos que pontuam a jurisprudência de órgãos e tribunais internacionais exemplificam e que foram descritos ao longo desse estudo, hoje, essa influência tem se manifestado principalmente por meio de projetos de desenvolvimento, envolvendo, em sua grande parte, atividades extrativistas sobre recursos naturais situados em terras indígenas.

Como aponta SWEPSTON:

*Desenvolvimento é a maior influência sobre os 300 milhões de povos indígenas no mundo, quase sempre em seu detrimento. Tem havido um grande progresso no plano internacional, quanto à adoção de convenções e indicações de órgãos e relatores – mas, no nível das bases, os povos indígenas continuam a sofrer a pressão de culturas dominantes invasoras.*<sup>451</sup> (SWEPSTON, 2005, p. 65 – grifo no original)

Os direitos de participação podem ser percebidos como instrumentos desenvolvidos pelo direito internacional para dar aos povos indígenas o poder de participar e influenciar no resultado de decisões que os afetem<sup>452</sup>.

<sup>451</sup> No original: “*Development is the major influence on the 300 million indigenous peoples around the world, almost always to their detriment. There has been a great deal of progress at the international level, in adopting conventions and appointing bodies and rapporteurs – but at the grass roots level indigenous peoples continues to suffer from the pressure of encroaching dominant cultures.*”

<sup>452</sup> ROMBOUTS (2014) refere-se ao consentimento livre, prévio e informado como ferramenta do direito internacional. Uma vez que, como apontamos, há dúvidas no direito internacional sobre a obrigatoriedade

O direito internacional, por meio do reconhecimento do direito à autodeterminação e dos direitos de participação, atribui aos povos indígenas instrumentos normativos para evitar que sejam atropelados por políticas públicas de desenvolvimento traçadas pelo próprio Estado e que são percebidas como prejudiciais à afirmação de sua cultura. Portanto, para além da proteção nacional reconhecida nas leis domésticas, o direito internacional se lança como a última trincheira de defesa de povos indígenas contra a sociedade dominante, em especial, contra ideias e políticas de desenvolvimento que se demonstrem prejudiciais para a sua cultura e para os direitos territoriais que exercem. Essa é o que ROMBOUTS (2014) considera a perspectiva externa dos direitos de participação previstos na Declaração, ao focar a interação entre os povos indígenas como uma identidade coletiva em face da ordem política maior em que residem, isto é, o Estado.

Nesse contexto, o direito internacional está buscando desenvolver o papel de regulador de conflitos interétnicos entre uma coletividade indígena e uma coletividade dominante não-indígena. Nesse tipo de conflito, o papel exercido pelo Estado, enquanto unidade política, não admite generalizações. Em determinados casos, pode surgir como um mediador de boa-fé para o apaziguamento de tensões conjunturais ou históricas entre determinado agrupamento indígena e a população não-indígena. Por vezes, o Estado pode ser visto como o próprio instrumento de opressão e marginalização utilizado pela maioria contra a minoria étnica indígena.

Por meio de elaborações conceituais como o direito à autodeterminação e o reconhecimento dos direitos de participação, o direito internacional busca induzir o Estado a um papel de mediação e negociação, colocando os interesses indígenas em um plano de protagonismo. Desse modo, existindo o interesse do Estado em implementar uma política pública capaz de afetar os direitos dos povos indígenas, nasce para aquele o dever *de negociando*.

Assim, o conjunto de normas produzidas pelo direito internacional para proteção de minorias e, em especial, de povos indígenas, tem como objetivo a regulação de conflitos interétnicos<sup>453</sup>, voltando a conferir determinadas prerrogativas a grupos

---

do consentimento, utilizamos aqui os direitos de participação em seu sentido mais amplo, envolvendo tanto os casos de consulta como de consentimento. Ver ROMBOUTS, 2014, p. 11.

<sup>453</sup> De acordo com HUTCHINSON & SMITH (1996) e SCHERMERHORN (1996), uma “etnia” pode ser compreendida como uma determinada população humana com mitos de ancestrais comuns, memórias históricas compartilhadas, um ou mais elementos de cultura comum, um vínculo com uma terra natal e



minoritários e politicamente vulneráveis. Essas normas querem, portanto, corrigir relações assimétricas quanto ao acesso ao poder político e aos recursos econômicos (ERIKSEN, 2010).

Ao se voltar para a proteção dos povos indígenas, a função do direito internacional não se distingue, em suas premissas básicas, do conteúdo finalístico do regime de direitos humanos. RAMOS (2013) formula que o direito internacional dos direitos humanos possuiria um caráter intrinsecamente contramajoritário, porque tem como destinatárias minorias a serem protegidas, consideradas como grupos não hegemônicos, que não obtêm êxito em suas demandas no plano interno, tanto na esfera política como na esfera judicial. Portanto, os direitos humanos se afirmam contra a vontade das majorias e do poder hegemônico tradicional.<sup>454</sup>

A proteção dos direitos dos povos indígenas, que se potencializa ainda mais a partir do direito à autodeterminação e dos direitos de participação, tem como finalidade igual objetivo, isto é, busca oferecer mecanismos de defesa dos povos indígenas contra políticas majoritárias do Estado que não levem em consideração a vontade do grupo afetado.

SCHEMERHORN (1996, p. 17) oferece, no campo dos estudos da etnicidade, um conceito de grupo dominante que pode ser utilizado para compreender a dinâmica entre os povos indígenas e o Estado. Para esse autor, um grupo dominante é uma coletividade dentro da sociedade que exerce uma autoridade preeminente na função tanto de guardiões como sustentadores de um sistema de valor controlador, e atua como o principal alocador de recursos e benefícios na sociedade. Como avançamos, o principal instrumento político-jurídico desse grupo dominante seria o Estado.

Como explicam MCGARRY & O'LEARY (1996), questões relacionadas à etnias relacionam-se a questão relativamente pouco negociáveis, como língua, cultura e terra natal. Isso tende a levar a conflitos de soma-zero, em que o ganho de um dos grupos corresponderá à perda de outro. Em determinados contextos, a regra da maioria pode se tornar um instrumento de controle hegemônico. Num sistema de democracia

---

um senso de solidariedade entre pelo menos alguns de seus membros. Contudo, como destaca ERIKSEN (2010), majorias e povos dominantes não são menos 'étnicos' do que minorias. Para esse autor, o termo 'eticidade' se refere principalmente às relações entre grupos cujos membros se consideram culturalmente distintos, e normalmente são hierarquizados dentro de uma sociedade. Nessa perspectiva, etnicidade é um aspecto de uma relação, e não a propriedade de um grupo.

<sup>454</sup> Ver RAMOS, 2013, p. 130-131.

liberal majoritária, em que o grupo governante exerce poderes, o regime democrático não se constitui enquanto garantia de liberdade das minorias étnicas. São justamente esses desequilíbrios que o direito internacional pretende compensar, buscando reduzir conflitos sobre disputas dessa natureza.

Como esclarece LÂM (2000, p. 170), a principal intenção dos povos indígenas é contrabalancear e direcionar os Estados para que realizem também suas necessidades, e não repudiar esses Estados. Isso, porém, nem sempre é possível de ser feito no nível local, daí o recurso desses povos à esfera internacional, onde podem agregar o seu poder, formar alianças e pressionar os Estados em que vivem.

Isso não significa que o direito internacional já se apresenta como instrumento efetivo e acabado para a proteção dos povos indígenas. O direito internacional, ainda que imperfeito e em desenvolvimento, tem servido para canalizar as demandas dos povos indígenas (ANAYA, 2004, p. 4), mas, como vimos, o conteúdo das obrigações dos Estados nesse ponto permanece em desenvolvimento e construção.

Uma das consequências potenciais do reconhecimento dos direitos de participação é a possibilidade de os povos indígenas desacelerarem a implementação de projetos que afetem suas terras e recursos naturais, provocando não só uma reflexão no interior de suas comunidades, mas oferecendo ferramentas que facilitem uma adaptação às sociedades pluralistas e que apresentem um modelo de desenvolvimento distinto daquele concebido por elas.

Dentro desse cenário, o reconhecimento dos direitos indígenas e a reafirmação da identidade indígena a partir desse reconhecimento podem ser percebidos pelo que ERIKSEN (2010) denomina de reações ao processo de modernização. Essa reação não significa necessariamente ir contra a modernização, mas contra o que esses grupos percebem como tentativas de violação de seus direitos territoriais e direitos de definir o seu próprio estilo de vida – uma modernização predadora, e não baseada em uma diálogo intercultural. Os direitos políticos reconhecidos, servem, assim, para que os povos indígenas se libertem da sua situação de “prisioneiros do tempo-espço local” (SANTOS, 1997, p. 16).

Segundo ainda aponta ERIKSEN (2010), ao contrário do que é muitas vezes avançado pelo senso comum, não há uma contradição necessária entre a modernização e a retenção da identidade étnica. Ao revés, em diversos casos exige-se a implementação de certos aspectos de modernização para que a preservação da identidade seja exitosa.

Não é a mudança cultural em si mesma que determina a chance de sobrevivência de uma cultura minoritária, mas a habilidade relativa da minoria específica em controlar as mudanças, utilizando as novas tecnologias e possibilidades políticas para as suas próprias finalidades.

Os direitos de participação funcionariam, portanto, como ferramentas para auxiliar os povos indígenas "em fazer a transição para a modernidade em seus próprios termos" (ERIKSEN, 2010). Essa compreensão converge no sentido do direito à autodeterminação compreendida por ROMBOUTS, em que seria "essencialmente o direito de escolher o seu próprio passo e caminho de desenvolvimento." (ROMBOUTS, 2014, p. 32).<sup>455</sup>

Nesse sentido, são direitos que potencialmente poderão ir na contramão de políticas estatais fundadas numa concepção acelerada de modernidade, pois os Estados frequentemente tentam legitimar e justificar a apropriação de terras indígenas a partir da invocação do desenvolvimento e crescimento econômico em benefício da maioria não-indígena ao custo da sobrevivência dos povos indígenas (DAES, 2011b).

Se o direito internacional assume um papel contramajoritário, isto é, volta-se para proteção de minorias no interior do Estado, a ênfase maior é que os Estados absorvam o papel de principais responsáveis em engajar num processo construtivo de negociação com os povos indígenas. É esse processo de engajamento constitucional que passamos a analisar.

### 5.2.3. *O engajamento constitucional*

No âmbito das regras internacionais aplicáveis aos povos indígenas, assim como sói ocorrer com o direito internacional dos direitos humanos, a qualidade contramajoritária de certas normas denota uma confluência entre o direito internacional e o direito constitucional. O exame dos direitos de participação e do direito à autodeterminação conduzido nesse estudo apontam que, implementadas essas normas no plano doméstico dos Estados, elas tendem a uma completa modificação das relações

---

<sup>455</sup> No original: "Self-determination is essentially the right to choose one's own pace and path of development."

entre os povos indígenas e governos, com o claro propósito de romper um padrão de marginalização cultural, política e econômica dessas coletividades.<sup>456</sup>

O direito constitucional contemporâneo, principalmente dos Estados do continente americano, tem demonstrado uma abertura para a reivindicação dos povos indígenas e, nesse aspecto, pode ser considerado como favorável à implementação de políticas de caráter multicultural. CANOTILHO (2002), ao discorrer sobre as novas funções da Constituição, coloca, ao lado da função de autovinculação, a função de “inclusividade multicultural” (CANOTILHO, 2002). De acordo com GARGARELLA (2013), se a primeira onda de constitucionalismo no início do século XX pode ser distinguida por sua ênfase na “questão social”, a onda constitucional do final do século XX e início do século XXI na América Latina, com todas as suas variantes, seria marcada pela “questão indígena”. Segundo ainda esse autor, pela primeira vez o constitucionalismo latino-americano teria tomado a decisão de encarar um problema que fora constantemente adiado – uma forma de encontrar um lugar para aqueles excluídos entre os excluídos.

Assim, há uma convergência de fins entre o direito internacional e o direito constitucional, quando adentram a regulação social para estabelecer parâmetros de relacionamento entre o Estado e os povos indígenas: ambos visam preservar as minorias dentro de um Estado contra as decisões da maioria. Como aponta a decisão de Suprema Corte do Canadá sobre a secessão de Québec, já citada:

A reivindicação do nosso direito à legitimidade também repousa sobre o apelo a valores morais, muitos dos quais estão arraigados em nossa estrutura constitucional. Seria um grave erro igualar legitimidade com a “vontade soberana” ou apenas a regra da maioria, em exclusão de outros valores constitucionais.<sup>457</sup>

---

<sup>456</sup> HANNUM (1996, p. 3) vê o direito à autodeterminação como um campo em que o direito internacional e os arranjos constitucionais domésticos podem contribuir na resolução de disputas entre grupos minoritários e majoritários que, se não resolvidos, podem conduzir a conflitos violentos.

<sup>457</sup> Suprema Corte do Canadá. Reference Re Secession of Quebec. File n. 25506. 1998. parágrafo 67, *in finis*. No original: “Our law’s claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure. It would be a grave mistake to equate legitimacy with the ‘sovereign will’ or majority rule alone, to the exclusion of other constitutional values.”

Nessa mesma decisão, a Corte constitucional canadense fundamenta porque determinados valores constitucionais devem ser entrincheirados contra as decisões da maioria. Ela apresenta três razões, que vale a pena mencionar: 1) a constituição deve oferecer uma salvaguarda adicional aos direitos humanos fundamentais e liberdades individuais contra a interferência dos governos; 2) a constituição deve garantir que grupos minoritários vulneráveis sejam imbuídos das instituições e direitos necessários para manter e promover suas identidades contra as pressões assimiladoras da maioria; 3) a constituição deve oferecer uma divisão do poder político que aloque poder político entre diferentes níveis de governo.<sup>458</sup>

O fundamento mais importante para a proteção dos povos indígenas consiste na segunda razão apontada pela Corte canadense. Há uma potencial tensão quando os direitos dos povos indígenas são confrontados com a democracia majoritária, pautada pela regra simples de decisões da maioria, bem como – no caso ainda mais específico da América Latina – diante de um Poder Executivo forte e centralizador, caracterizado como “hiper-presidencialismo”<sup>459</sup> (GARGARELLA, 2013). Esses conflitos são caracterizados por HANNUM (1993) como centro-periferia, maioria-minoria, e os que tem poder contra os que não tem poder.

O papel principal atribuído aos instrumentos internacionais de proteção dos povos indígenas é induzir e facilitar as negociações. Como aponta LÂM (2000, p. 95-96), além da Declaração, que se baseia em um esquema de obrigações gerais, sua execução deve ser negociada, quando necessário sob supervisão internacional, por Estados e os povos indígenas interessados, caso-a-caso. Desse modo, os parâmetros internacionais ajudam a elevar a posição dos povos indígenas, possibilitando sua horizontalização nos processos decisórios estatais no mesmo patamar dos outros grupos sociais, recrudescendo, portanto, as chances de uma reconciliação harmônica nos termos negociados com o Estado (ALLEN, 2009).

---

<sup>458</sup> Suprema Corte do Canadá. Reference Re Secession of Quebec. File n. 25506. 1998. parágrafo 74.

<sup>459</sup> GARGARELLA, olhando para os dispositivos constitucionais de diversos Estados latino-americanos, sobre direitos de participação, de um lado, e a centralização de poder no Executivo, aponta: “In this context, tensions were commonly generated between the generosity of some constitutional clauses inviting participation, consultation, and decisions by native groups, and the already existent mechanism of political decision. Usually, as we know, these mechanisms deferred to the authority of an Executive power who might have been interested – and often was – in more aggressive and undeliberated exploitation of natural resources. This was especially the case, given the extraordinarily large, quick returns promised by the more or less indiscriminate exploitation.” (GARGARELLA, 2013, p. 184).

O reconhecimento do direito à autodeterminação e dos direitos de participação, somados aos direitos territoriais dos povos indígenas, demandam uma reorganização das relações entre as comunidades indígenas e o Estado. Essa reorganização, no mais das vezes, envolve a redefinição dos termos do pacto político constitutivo, o que tem sido considerado como um legítimo caso de “reengajamento constitucional”. A demanda radical contida em toda essa construção jurídica é, como aponta LÂM (200, p. 136), que os Estados compartilhem com eles o seu poder.

Deve-se destacar que o reconhecimento do direito à autodeterminação não busca significar pura e simplesmente a criação de uma esfera exclusiva e isolada de poder dos povos indígenas. Ele também apresenta o escopo de integrá-los na política estatal cotidiana. Contudo, essa integração se difere do modelo assimilacionista anterior, pois visa não só a incorporá-los à esfera das decisões políticas sem negar a sua identidade – ao revés, a afirmação de sua identidade é a premissa para sua participação diferenciada – como também conferir-lhes novas faculdades institucionais para exercerem, em pé de igualdade com a sociedade dominante, o seu poder.

Falando sobre o direito ao consentimento livre, prévio e informado, mas que pode ser expandido para alcançar os direitos de participação, ROMBOUTS (2014) destaca que esses direitos devem se enquadrar no quadro constitucional do Estado, seja para alterar, seja para manter os arranjos constitucionais contemporâneos entre os povos indígenas e outros atores políticos. Assim, as constituições, no seu sentido amplo, não podem ignorar a dimensão cultural da política e uma ordem política somente será percebida como justa ao reconhecer as possibilidades culturais de seus cidadãos e que incorpore tais complexidades no seu arranjo constitutivo.

No âmbito de uma teoria política constitucional, o filósofo canadense James Tully apresenta algumas considerações e oferece proposições para nortear a acomodação dos Estados em relação às demandas políticas identitárias dos povos indígenas. Ele propõe uma teoria do diálogo intercultural – o que denomina de “multilogo” (*multilogue*) – e parte da seguinte indagação: pode uma constituição moderna reconhecer e acomodar a diversidade cultural?

TULLY (1995) propõe três princípios para que uma constituição assim proceda: reconhecimento mútuo, continuidade e consentimento. Na percepção desse autor, o reconhecimento mútuo e consentimento são os pressupostos de legitimidade de qualquer pacto constitucional justo, ainda que tais aspectos tenham sido veementemente

negados às sociedades que tenham insistido em manter suas culturas, quando distintas da civilizada sociedade nacional.

O reconhecimento mútuo é um aspecto relevante da autodeterminação dos povos, e somente é alcançada com base nesse princípio. Se a autodeterminação é negada a um povo, isso significa que sua cultura distinta, suas tradições e costumes, não são reconhecidos e valorizados. Assim, a implementação da autodeterminação, na linguagem contemporânea do direito internacional apresentada na seção 2, implica também o mútuo reconhecimento entre grupos diversos. De acordo com TULLY (1995), o reconhecimento pode e deve ser feito principalmente por meio de um concerto constitucional, cujo desenho seja capaz de acomodar modos de viver diversos, bem como garantir algum grau de autonomia aos grupos identitários, dentro de uma matriz constitucional negociada e sempre a negociar.

Embora mencionando os aspectos relacionados à elaboração da Declaração, mas que pode ser expandida para incluir essa nova mentalidade também no plano constitucional, LÂM (2009, p. 592) indica que a tarefa buscada pelos povos indígenas é altamente complexa, pois visa reconciliar dois paradigmas muito distintos de organização social que coexistem em espaços políticos, em que eles competem por lealdades e pertencimentos que se sobrepõem. Os dois paradigmas seriam o do Estado moderno genericamente formatado e a comunidade cultural historicamente idiossincrática.

No contexto latino-americano, GARGARELLA (2013) aponta para os efeitos desse reconhecimento no nível constitucional e internacional:

Em realidade, para grupos que eram tradicionalmente ignorados ou lesados pelo direito, o fato do reconhecimento – o fato de ser reconhecido pelas regras legais dominantes, de um momento para o outro – sempre foi importante: povos indígenas finalmente se tornaram visíveis, como um grupo, e tiveram sua dignidade reconhecida de algum modo. Esse reconhecimento não apenas ajudou a ativar novas formas de combates sociais e legais pelos seus direitos, mas também os ajudou a reconstruir e fortalecer sua identidade de grupo.<sup>460</sup> (GARGARELLA, 2013, p. 185)

---

<sup>460</sup> No original: “*In effect, for groups who were traditionally ignored or harmed by the law, the fact of recognition – the fact of being recognized by the dominant legal rules, from one moment to the other – has been always important: indigenous peoples had finally become visible, as a group, and somehow recognized in their dignity. This recognition not only helped to activate new forms of legal and social*

Transpondo para os direitos aqui analisados, o reconhecimento mútuo por meio da realização do princípio da autodeterminação admite várias formas, e o direito internacional parece priorizar principalmente uma delas: a realização dos direitos de participação. Com esse direito, busca-se garantir às culturas distintas o direito de serem diferentes, bem como, sob o aspecto político, o direito de controlarem as intervenções – sejam elas econômicas ou políticas – sobre suas sociedades.

Dentro dessa matriz constitucional de reconhecimento recíproco, o passo seguinte é a necessidade do consentimento do grupo reconhecido para o exercício da autoridade que possa influenciar sua autonomia. Mais do que participação, a legitimidade do exercício da autoridade do Estado repousa no consentimento obtido em uma relação de interculturalidade.

TULLY, ao discorrer sobre o consentimento, invoca dois princípios relevantes: o princípio *audi alteram partem* (TULLY, 1995, p. 35) e o princípio *quod omnes tangit ab omnibus comprobetur* (abreviada também para *quod omnes tangit*) – “o que toca a todos, deve ser decidido por todos.” Para TULLY (1995, p. 74), esse último princípio (que, como vimos, passou a ter um caráter político no medievo) se referiria a uma das mais velhas convenções do constitucionalismo e requereria o consentimento dos povos indígenas. O consentimento – refletido principalmente na fórmula *quod omnes tangit* – deve ser aplicado para garantir que a constituição ou uma emenda constitucional repouse sobre o consentimento do povo ou de seus representantes (ROMBOUTS, 2014, p. 107).

Assim, os direitos de participação, conquanto apareçam sob uma nova roupagem, consistem em apropriações e atualizações do direito internacional para atender à reivindicação histórica dos povos indígenas sobre o controle de seu território. A importância do consentimento dos indivíduos interessados para um fundamento de uma sociedade constitucional seria, portanto, vetusta.

É nesse ponto que os direitos de participação adquirem um grau considerável de importância. Para além do cumprimento de um mero formalismo, ele se torna a principal pauta normativa de reengajamento entre os povos indígenas e o Estado, servindo como instrumento para negociação e alcance de compromissos e o reconhecimento de divergências, quando não há acordo possível.

---

*combats for their rights but also helped them to rebuild and strengthen their group identity.”*



Como demonstra o voto em separado do Juiz Nagendra Singh no caso do *Western Sahara*<sup>461</sup>, analisado no capítulo anterior, há um forte vínculo entre o direito à autodeterminação e o direito dos povos de serem consultados quanto a sua situação política. Se naquele caso o que estava em jogo era a independência ou não do Estado ou sua absorção por outro, a lógica subjacente era o direito daquele povo deliberar quanto ao seu destino político. O raciocínio pode ser transposto para políticas governamentais que alterem significativamente a organização social, política e econômica dos povos indígenas.

TULLY, embora mais preocupado com o caráter constitucional dessa acomodação e do “multilogo” cultural, aponta que essas relações entre os grupos que compõem determinada comunidade política seja contínua e sempre sujeita a renegociações quanto aos seus termos – a esse fenômeno, denomina de “constitucionalismo de tratado” (TULLY, 1995, p. 136-137).

Como lê ROMBOUTS (2014) a respeito das ideias de TULLY (1995), a constituição deve ser composta por uma

série interminável de contratos e acordos, alcançados por diálogos interculturais periódicos (...). Constituições, como autodeterminação ou procedimentos de consentimento livre, prévio e informado, não são acordos fixos e imutáveis, mas cadeias de negociações interculturais em acordo e desacordo com as convenções do reconhecimento mútuo, continuidade e consentimento. (ROMBOUTS, 2014, p. 101 e 109)<sup>462</sup>.

Ainda que o consentimento seja um fator relevante, TULLY (1995, p. 135) chama a atenção para a necessidade de acomodação pelas partes. Assim, o engajamento constitucional necessariamente exige de ambas as partes – a cultura do Estado e a cultura dos povos indígenas – uma transformação. A transformação das culturas já existe desde o momento em que o reconhecimento de outras culturas – a dos povos indígenas – foi inserida no texto constitucional. Para a cultura estatal e da sociedade

---

<sup>461</sup> Corte Internacional de Justiça. *Western Sahara*. Advisory Opinion, Reports 1975.

<sup>462</sup> No original: “*endless series of contracts and agreements, reached by periodical intercultural dialogues.(...) Constitutions, like self-determination or FPIC arrangements are not fixed and unchangeable agreements, but chains of continual intercultural negotiations in accord and discord with the conventions of mutual recognition, continuity and consent.*” (ROMBOUTS, 2014, p. 101 e 109)

dominante, não-índia, isso significa reconhecer e prestigiar as instituições e saberes indígenas. Para os povos indígenas, isso significa entrar no discurso constitucional, utilizar de sua linguagem e de seus símbolos para articular suas reivindicações, fazendo surgir um novo parâmetro de intercâmbio político com o Estado com quem convivem e que se sentem parte. Como aponta KYMLICKA (2007, p. 99-100), a transformação cultural de ambas as partes, longe de ser algo evitável, é o próprio requisito constitucional para alterar a relação entre a sociedade nacional e os povos indígenas.

Portanto, a autodeterminação dos povos indígenas e os direitos de participação ampliam as possibilidades de autogoverno e se faz não fora, mas dentro do modelo constitucional. Por si só, esse efeito inclusivo do reconhecimento desses direitos já representa um desafio cultural e legislativo (BURGUER, 2011). Os desafios abrangem, para além dessas mudanças, também a necessidade de endereçar questões complexas, como representatividade, o poder de veto e o balanceamento desses direitos com o de outros grupos no interior da comunidade. É o que passamos a abordar.

### 5.3. DILEMAS DA PARTICIPAÇÃO

Ao mesmo tempo em que os direitos de participação se constituem como um importante instrumento de acesso ao governo pelos povos indígenas, com o objetivo de garantir tanto sua integridade física e cultural como também sua autodeterminação política, ele apresenta também vários desafios para sua aplicação. A abordagem do direito internacional nesse campo segue sendo um campo de disputas e nortes claros – se é que são possíveis de serem pensados num plano normativo mais abstrato – ainda pendem de ser traçados.

Como coloca LÂM, a principal pergunta a ser feita sobre os direitos de participação é: *quem* consente na verdade; e *quão decisivo* deve ser o consentimento? (LÂM, 2009, p. 612). Dito de outro modo, o reconhecimento dos direitos de participação levantam aspectos problemáticos e que merecem a devida atenção de todos os sujeitos participantes na sua realização (em especial, povos indígenas e as autoridades governamentais que tem o dever *de negociando*):

a) Como definir a representatividade dos povos indígenas na ausência de dispositivos formais e institucionalizados, considerando ainda que a regulamentação desse ato é desfavorecida pelas tendências que enfatizam o auto reconhecimento? Em

especial, como proceder à habilitação das comunidades indígenas e o reconhecimento de suas autoridades?;

b) Os povos indígenas podem vetar uma medida, seja ela legal ou administrativa, determinada pelo Estado? O Estado pode desconsiderar o consentimento dos povos indígenas por alguma razão?

c) Existem limites aos direitos de participação, quando lidos à luz da autodeterminação? Como resolver os conflitos entre o Estado e as comunidades indígenas sem resvalar para opções absolutistas (veto incondicionado) ou uma imposição estatal autoritária?

As respostas encontram poucos fundamentos tanto nos textos constitucionais que incorporam os direitos de participação como nos instrumentos internacionais abordados ao longo desse estudo. Sem ter a pretensão de responder derradeiramente a essas indagações, abordamos, nessa última parte, alguns aspectos relacionados aos problemas plantados.

### *5.3.1. Representatividade*

Uma questão premente que surge quando se analisa os direitos de participação é a identificação da autoridade indígena ou tribal que possui legitimidade para participar e manifestar o seu consentimento ou discordância. Por “autoridade”, pode-se compreender tanto a alocação do poder decisório comunitário em uma única pessoa (como um cacique, por exemplo) ou um grupo de indivíduos na comunidade.

O Estado, ao se desincumbir de seu dever de consulta, deverá manter relações com a autoridade. Mas como o Estado identifica e valida o reconhecimento das autoridades indígenas para a obtenção do seu consentimento? Como se assegurar de que determinada autoridade é mesmo legítima, isto é, como se assegurar de uma “correta representação”?

Distintamente do que ocorre com as autoridades públicas no marco constitucional de um Estado, não há, por vezes, documentos escritos ou atos formais de designação das autoridades indígenas. Além disso, é possível que o exercício do poder na comunidade se dê de formas incompatíveis com diretrizes constitucionais de um Estado – por exemplo, discriminando e excluindo mulheres da participação nos

processos decisórios internos à comunidade. É de se perguntar se isso importaria ao Estado, e em qual medida poderia interferir nesses processos.<sup>463</sup>

Com argumentos contrários à uma conformação forçada das instituições indígenas aos processos democráticos, WIESSNER (2012, p. 46) aponta que a autonomia interna demanda aos Estados que respeitem formalmente modelos democráticos e não-democráticos de governo indígena, por serem necessários ao estilo de vida tradicional. Para ele, isso incluiria o reconhecimento dos poderes de criação e aplicação de lei pelos líderes tradicionais em diversas esferas de autoridade (chefes, xamãs, etc.). Nessa visão, obriga-los a processos formais modernos de eleição e mudança periódica de liderança afrontaria o espírito de preservação do núcleo da sua cultura, isto é, decisões sobre como decisões são tomadas. Outra posição, que parece indicar a necessidade de que essas culturas se acomodem a parâmetros de direitos humanos é a de TRINDADE, em que vê a contribuição dessas culturas à universalidade dos direitos humanos quando elas se mantêm abertas a valores básicos dos direitos humanos universais. (TRINDADE, 2009, p. 498). O debate parece se assemelhar ao que já ocorre classicamente nos direitos, a partir de uma oposição entre universalismo e relativismo culturalismo. Como reflete SANTOS, “Ora, falar de cultura e de religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?” (SANTOS, 1997, p. 13)<sup>464</sup>.

Tanto o regime institucional no âmbito das Nações Unidas como o regime de proteção dos direitos humanos tem demonstrado certa aversão à intervenção do Estado nos mecanismos internos de definição de representatividade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos abordou especificamente essa questão. Após ser questionada pelo

---

<sup>463</sup> Os riscos de interferência do Estado são evidentes. Um exemplo quase anedótico serve para ilustrar esse ponto. Na oitava sessão da Assembleia Geral da ONU, houve uma troca a respeito do assunto, quando o então ativo Comitê de Tutela apreciava uma questão de autogoverno como definida na Constituição de Porto Rico. Endereçando a delegação da Índia, o representante estadunidense observou ser difícil perceber o porquê do governo indiano ver Porto Rico como menos dotado de autogoverno do que certos territórios listados na parte D da Constituição da Índia, como Andaman e as Ilhas Nicobar. O representante da Índia explicou que esses territórios possuíam um Representante no Parlamento federal indiano, que poderia falar e votar em questões que envolviam os interesses desses territórios. O diplomata dos EUA perguntou então quem designou esse Representante, ao que o diplomata indiano admitiu que esse Representante foi designado pelo Governo da Índia – uma resposta que teria provocado risadas no Comitê. O episódio está narrado em LANGENHOVE, 1954, p. 54.

<sup>464</sup> Boaventura de Souza Santos propõe, nesse mesmo texto, a superação do debate entre universalismo e relativismo cultural, sugerindo, para tanto, uma hermenêutica diatópica, em que diferentes tradições travam um diálogo intercultural, mas sem a afirmação da superioridade de uma sobre a outra. (SANTOS, 1997, p. 21)

Estado do Suriname a respeito de qual dos supostos representantes do povo Saramaka ela deveria consultar, a CtIDH assim respondeu em sua sentença de interpretação:

A Corte omitiu deliberadamente na Sentença [de mérito, RSL] qualquer consideração específica em relação a quem deve ser consultado. Ao declarar que a consulta se deve realizar “em conformidade com seus costumes e tradições”, a Corte reconheceu que é o Povo Saramaka, e não o Estado, quem deve decidir sobre quem representará o Povo Saramaka em cada processo de consulta ordenado pelo Tribunal. Consequentemente, o povo Saramaka deve informar o Estado quem o representará em cada um dos processos de consulta apontados anteriormente. O Estado deverá consultar com tais representantes a fim de cumprir o que foi ordenado pelo Tribunal. Uma vez realizada a consulta, o povo Saramaka dará a conhecer ao Estado as decisões tomadas a respeito, assim como seus fundamentos.<sup>465</sup>

É de se refletir se as dúvidas levantadas pelo Suriname teriam sido sanadas por esse “esclarecimento” da Corte. Os Estados poderão efetivamente se deparar com uma situação em que grupos ou indivíduos conflitantes aleguem ser os legítimos representantes de determinada comunidade ou povo. A decisão parece, ao menos, impor ao povo afetado o ônus de indicar ao Estado quem é o seu legítimo representante.

A Convenção n.º 169 busca compatibilizar as instituições particulares indígenas com os direitos humanos, mas sem oferecer parâmetros muito evidentes para equacionar eventuais conflitos<sup>466</sup>. A questão da representatividade permanece, portanto, em aberto, e, embora seja primariamente definida de acordo com as peculiaridades de

---

<sup>465</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185. Parágrafos 18 e 19. No original: “La Corte omitió deliberadamente en la Sentencia cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado. Al declarar que la consulta se debe realizar “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, la Corte reconoció que es el Pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al Pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal. Consecuentemente, el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal. Una vez realizada la consulta, el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos.”

<sup>466</sup> O art. 8º(2) assim prevê: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.”

cada tradição cultural indígena, não é impossível vislumbrar casos em que conflitos internos de autoridade levarão a dificuldades em se avaliar quem decide no âmbito de determinada comunidade.

### 5.3.2 *Veto*

Um dos pontos mais controvertidos a respeito do conteúdo e alcance dos direitos de participação, como estabelecidos no direito internacional, refere-se à exigência ou não da necessidade da concordância dos povos indígenas com medidas estatais que afetem seus interesses.

Como apontado, atribuir aos povos indígenas algum poder de veto é o que faz mais sentido quando os direitos de participação são lidos sob a ótica da autodeterminação. Contudo, o seu *status* no direito internacional ainda é dúbio, e sua aplicação ainda não é tão coerente. Sob a Convenção n.º 169, o CEACR, em seus comentários gerais, consolidou o entendimento que os direitos de tomada de decisão ali previstos não implicam a necessidade do consentimento dos povos indígenas.<sup>467</sup> Contudo, outra é a leitura dos órgãos da ONU sobre a Declaração. A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu pela necessidade do consentimento em certas circunstâncias, principalmente envolvendo grandes projetos que afetem drasticamente a utilização das terras e dos recursos naturais nela existentes.<sup>468</sup> Nesse sentido, diante dessa divergência de opiniões e leituras cacofônicas, quer nos parecer que afirmar existir um amplo “direito de veto” reconhecido pelo direito internacional nos parece ainda um pouco prematuro.<sup>469</sup>

O “direito de veto”, ou a visão de seu outro lado da moeda – o consentimento livre, prévio e informado – é percebido por ROMBOUTS (2014, p. 20) como uma

---

<sup>467</sup> Ver seção 4.1.3.

<sup>468</sup> Ver WIESSNER, 2012, p. 61.

<sup>469</sup> O Comitê sobre Direitos dos Povos Indígenas da ILA, tanto em seu relatório de 2010 como de 2012, apontou para a controvérsia se a exigência prevista quanto à necessidade dos Estados obterem o consentimento prévio, voluntário e informado implicaria algum direito de veto ou apenas significaria o dever de consultar em boa-fé os povos indígenas. Embora entendendo não ser possível ler esse artigo como prevendo o direito de veto para bloquear a adoção ou implementação de medidas governamentais, considerou que um impacto significativo sobre os territórios e a cultura indígena vai em presunção da necessidade do consentimento, como entendido tanto pelo Relator Especial da ONU sobre Direitos Indígenas como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. (ILA, 2010, p. 14-15; ILA, 2012, p. 4 e 6)

salvaguarda legal em formação, que ainda se encontra na fase de um “desenvolvimento dinâmico”. Assim, não há ainda uma unanimidade sobre sua aplicação e interpretação, carecendo ainda de um marco legal mais sólido.<sup>470</sup>

Embora haja certo entendimento quanto à necessidade de consulta dos povos indígenas, principalmente pela legislação doméstica dos Estados ou em razão da ratificação a Convenção n.º 169, a atribuição de um “poder de veto” ainda é escassamente reconhecida. A par da jurisprudência amigável dos órgãos de proteção dos direitos humanos – universais e regionais – e da leitura dos órgãos temáticos da ONU sobre a Declaração, são poucos os momentos e instrumentos internacionais que estabelecem aos povos indígenas essa prerrogativa. Nesse ponto, é importante mencionar as cautelas articuladas por ALLEN (2009) sobre os riscos de se exagerar na extensão dos direitos reconhecidos no direito internacional:

Assumir uma visão estreita do alcance do direito internacional positivo não é algo negativo. O projeto do direito internacional talvez esteja fundado numa sensibilidade liberal e um compromisso com a universalidade; todavia, apoiar uma visão inflacionada do que o direito internacional pode proporcionar pode se revelar contra produtivo. O argumento de que alguma coisa é direito positivo e criador de direitos está invariavelmente acompanhado da expectativa da parte do titular de direitos que tais direitos são exigíveis em um ou outro fórum legal.<sup>471</sup>

Mas, de fato, o reconhecimento exclusivamente de direitos de consulta, apenas, não significam muito para fins de autodeterminação. Os direitos de consulta possuem mais um caráter procedimental, de modo a obrigar o Estado a ouvir os povos indígenas, com “ouvidos de ouvir”, e se esforçar para um acordo, mas sempre com a prerrogativa de não acatar a posição indígena.

O “poder de veto”, como a face negativa do direito ao “consentimento voluntário, prévio e informado”, acaba por servir como arma ou mecanismo

---

<sup>470</sup> Ver também sobre esse tema, GILBERT & DOYLE, 2011, p. 325.

<sup>471</sup> No original: “Taking a narrow view of the reach of positive international law is not a bad thing. The project of international law may have been founded on a liberal sensibility and a commitment to universality; nevertheless, supporting an inflated view of what international law can deliver may well be counterproductive. The claim that something is positive law and creative of rights is invariably accompanied by an expectation on the part of the rights-holder that such rights are enforceable in one legal forum or another.”

imprescindível para o exercício da autodeterminação no relacionamento entre povos indígenas e o Estado.<sup>472</sup> Seu reconhecimento significaria atribuir, na mesa de negociação, a mesma força aos Estados e povos indígenas. Daí se tratar de um instrumento jurídico-político cujo fim último resulta no nivelamento entre duas instâncias com poderes desiguais. Talvez seja essa desigualdade que justifica a atenção do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial da ONU em tratar do consentimento no âmbito da igualdade e do tratamento não-discriminatório.

Nesse sentido, o princípio da autodeterminação dos povos dá um novo colorido aos direitos de participação, pois os transformam de uma obrigação de um procedimento de ouvir para um procedimento de consentir. A autodeterminação, como norma de alta procedência moral no direito internacional, é que aumenta a qualidade do direito e, por outro lado, demanda os esforços do ente estatal em obter a cooperação dos povos indígenas.

Desse modo, a articulação da necessidade de consentimento livre, prévio e informado funciona como uma resposta às tomadas de decisão em espaços que ignoram ou não reconhecem os povos indígenas, como um mecanismo imprescindível à sua sobrevivência (LÂM, 2009). Como aponta BURGER (2011) em relação aos direitos de participação como previstos para Declaração, mas que pode ser transposto para a maneira como previsto em todos os regimes, o objetivo desses direitos é, em realidade, estabelecer espaços formais de diálogos entre os Estados e os povos indígenas, e certamente será esse o maior desafio para a concretização desse direito.

WEISSNER traz a interessante constatação que as decisões domésticas e internacionais têm trazido como resultado a paralisação do processo de assimilação e extermínio das vozes e valores indígenas, em alguns casos até mesmo revertendo situações gravosas (WIESSNER, 2012, p. 33). Desse modo, os direitos de participação, ainda que nem sempre compreendidos com sua força máxima pautada na necessidade do consentimento, tem auxiliado a desacelerar os processos decisórios governamentais, obrigando os Estados, agora, a garantir um nível mínimo de representação indígena na sua condução.

---

<sup>472</sup> Sobre a importância da exigência de consentimento, afirma, GILBERT & DOYLE: “Denial of FPIC [consentimento, RSL] implies that control over decisions pertaining to their land and resources, and by extension over their futures, is taken from them. Consultation with indigenous peoples is essential. However, consultations and negotiations without a requirement for consent freezes existing power relations and leaves indigenous peoples with no leverage to influence the outcome of decision-making processes.” (GILBERT & DOYLE, 2011, p. 326).



Contudo, por mais legítimo que seja sua invocação em certas circunstâncias, o direito de veto encontra ainda incertezas sobre o seu lugar no direito internacional. A necessidade de sua regulamentação e seu reconhecimento mais explícito pelos Estados e organizações internacionais demandará abordar questões polêmicas e contornos quanto ao seu exercício. Talvez a mais complexa seja a ponderação entre as necessidades do Estado em implementar determinada política que afete os interesses indígenas – principalmente no tocante ao seu território – e as necessidades da comunidade envolvida.

### *5.3.3 Limites e conflitos*

Se os direitos de participação forem compreendidos como uma busca do equilíbrio entre os interesses dos povos indígenas e do Estado por meio de uma negociação de boa-fé, há que se perguntar também quais as consequências dessa relação quando um acordo não for alcançado.

Tanto a Declaração como a Convenção n.º 169 da OIT são percebidos como instrumentos voltados à prevenção de conflito (BURGER, 2011). Porém, não se pode ignorar a possibilidade de que, ainda que cumprida adequadamente os procedimentos de consulta sugeridos por esses instrumentos normativos, chegue-se a um impasse, decorrente de falhas ou desinteresse numa solução concertada.

A previsão na Declaração de que nenhum dos direitos nela previstos podem ser interpretados “no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes”<sup>473</sup> parece afastar o direito de participação como um tipo de controle exclusivo dos povos indígenas sobre seu território, que permanecem, portanto, sob a jurisdição estatal<sup>474</sup>. Todavia – e isso parece ser incentivado pelos instrumentos internacionais examinados –, formas de uma jurisdição compartilhada ou atribuições de autonomia, ainda que dentro de certos limites, são aceitas e mesmo demandadas pelos instrumentos internacionais.

---

<sup>473</sup> Art. 46 (1).

<sup>474</sup> LÂM apresenta a seguinte constatação: “Sovereignty itself, then as now, denoted the sovereign’s right to exercise supreme secular jurisdiction in a particular territory to the exclusion of any other authority that would intrude itself into that space.” (LÂM, 2009, p. 593)

Ademais, a Declaração também admite limitações “estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática.”<sup>475</sup> Isso parece demandar igualmente algum grau de consideração às reivindicações do restante da sociedade.

Diante disso, não haveria *prima facie* um direito absoluto dos povos indígenas sobre a disposição de suas terras<sup>476</sup>. Assim, não se vislumbra existir no direito internacional o controle absoluto dos povos indígenas sobre seu território. A Declaração caminha para a busca de soluções negociadas, e não à polarização. Como aponta ALLEN (2011) em relação às reivindicações territoriais, a natureza finita dos recursos conduz a implicações sociais profundas e levanta questões de justiça distributiva que não podem ser facilmente resolvidas à distância ou com base em princípios gerais. Os interesses do restante da sociedade poderão exigir certa acomodação. O que deverá sempre ocorrer, porém, é uma “oportunidade estruturada” para que os povos indígenas possam interferir em decisões que tem potencialmente a capacidade de destruir o grupo (JOHNSTON, 1995, p. 196).

O procedimento de consulta é, em si, um instrumento que visa à acomodação desses interesses, desde que pautado em boa-fé e em esforços de ambas as partes para se chegar a um acordo. Porém, há um ponto de tensão potencial: e quando, apesar de todos os esforços e observado o regular procedimento de consulta, não se chegar a um acordo? A possibilidade de um conflito instaurado entre os interesses de determinado povo indígena e da sociedade dominante, manifestada a partir de uma decisão estatal, é real. Isso cria desafios ao direito internacional.<sup>477</sup>

---

<sup>475</sup> Art. 46 (2).

<sup>476</sup> Como ressalta STAVENHAGEN, 2011, p. 164: “To the extent that rights are never absolute, adequate human rights policies must be found to preserve the community’s right to self-determination and to take into account the wider implications of the national development process including the rights of third parties within a human rights framework. Such is one of the many challenges of the Declaration.”

<sup>477</sup> GARGARELLA aponta a necessidade desse equilíbrio do ponto de vista do direito constitucional. As constituições latino-americanas têm estabelecido os direitos mas não como desatar os problemas em sua implementação: “At the same time, there is the problem of making the demands, interests, and needs of the indigenous communities compatible with the demands, interests, and needs of the ‘dominant’ communities. The point seems particularly important given that many constitutions have happily included numerous aboriginal rights, without giving much consideration to the types of conflicts that they were thus creating with other existing rights.” (GARGARELLA, 2013, p. 180)

HANNUM (1993, p. 31), aponta que a afirmação da autodeterminação de um grupo quase que necessariamente implica a negação da autodeterminação de outro grupo maior ou menor. Assim, é possível conceber situações em que poderá existir um choque de prioridades entre os povos indígenas e a sociedade dominante em que se encontrem. Pode ser que determinadas medidas sejam relevantes para o desenvolvimento da sociedade como um todo.<sup>478</sup> A necessidade de ponderação de interesses parece se acentuar principalmente quando estão em jogo interesses públicos essenciais e o que é percebido como questões de segurança nacional.

Tanto o entendimento apresentado pelo Relator especial, ao se referir à possibilidade de que o Estado apresente um “propósito público válido”, quanto as manifestações do CEACR apontam para situações em que deve haver um equilíbrio entre os interesses de ambas as partes. Assim, seria possível ao Estado adotar medidas quando o consentimento não é obtido e o ato é imprescindível à existência ou interesses estratégicos caros ao Estado. Por outro lado, o Estado não se eximiria de, nessas circunstâncias, adotar salvaguardas e observar certos limites. Como salvaguardas, ressaltem-se as medidas já mencionadas de compartilhamento de benefícios ou compensação pelas medidas; no caso de projeto de desenvolvimento, a necessidade de avaliação de impacto socioambiental. Os limites da ação estatal consistem na própria sobrevivência física e cultural do grupo e na imprescindibilidade da medida para se alcançar o “propósito público válido”,

Essa necessidade de ponderação parece resvalar para critérios já conhecidos pelo direito – principalmente, internacional e constitucional – relacionados à proporcionalidade e à necessidade da determinada intervenção. Dificilmente poderá ser definida a partir de critérios normativos abstratos e gerais, e sua ênfase recairá, provavelmente, sobre ponderações a serem realizadas no caso concreto.

Ao julgar os embargos de declaração na PET 3888<sup>479</sup> – conhecida como o caso envolvendo a terra indígena Raposa Serra do Sol – o Min. Luis Roberto Barroso, ao apreciar a necessidade da proporcionalidade, assim consignou:

---

<sup>478</sup> Comp aponta EIDE: “While there should be a recognition of their right to develop according to their own priorities, this should be qualified by the duty they also must share to contribute to the development of the country as a whole, with a view to ensure human rights for all including freedom, equality and social justice, and at the same time to benefit from the overall development of the country as a whole.” (EIDE, 2011, p. 402)

<sup>479</sup> Sobre a PET 3.888, ver nota de rodapé n. 165.

69. Dessa forma, o acórdão não infirma os termos da Convenção no 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas a defesa nacional. Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rótulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfúgio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação a construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País. **Caberá as autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo a luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade.** (Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 – grifo nosso)

Desse modo, para se compreender a extensão de uma consulta inexitosa, ou mesmo para avaliar a necessidade dessa consulta em situações extremas (como segurança nacional), desenvolvimentos no direito quanto à proporcionalidade poderão emergir como relevantes para o equacionamento de uma eventual controvérsia instalada.

QUALE (2011, p. 280) também aponta para a possibilidade de inspiração no direito internacional dos direitos humanos relacionada à permissão das restrições aos direitos humanos individuais. Os critérios guardam certa semelhança com os cânones relacionados à proporcionalidade. De acordo com as linhas ali desenhadas, uma restrição pode ser permitida desde que: (i) esteja prevista em lei; (ii) persiga um objetivo legítimo; (iii) seja necessária para alcançar esse objetivo; e (iv) não seja caracterizada como discriminatória.

Uma outra questão, que parece não menos importante, refere-se à quem seria o ator legitimado para arbitrar esse conflito de interesses. Teria o órgão judicial do próprio Estado a legitimidade para resolver tais controvérsias? EIDE (2011, p. 405), falando sobre uma situação específica do Nepal, sugeriu a possibilidade da importância de um terceiro como árbitro desse conflito, que não tenha envolvimento com ambas as partes. Todavia, não há, ainda, no direito internacional, nenhum órgão ou mecanismo

específico desenvolvido exclusivamente para tal fim, recaindo, pelo momento, às Cortes nacionais a preponderante tarefa de proteção dos povos indígenas e, subsidiariamente, aos órgãos que possuem competência específicas – como órgãos da OIT e os de direitos humanos, analisados na seção 4 desse trabalho.

Desse modo, questões relacionadas à representatividade, à extensão e própria existência do poder de veto e nos métodos de resolução de conflitos entre os povos indígenas e o Estado ou a sociedade dominante continuarão ainda em aberto e como objeto de disputas no direito internacional. À medida que os direitos de participação se amadurecem – tanto por acordos e regulamentações como pelas manifestações dos órgãos internacionais e nacionais competentes – é possível que as diretrizes se tornem mais claras, propiciando assim uma compreensão mútua pelos Estados e povos indígenas sobre um procedimento mais adequado para o atendimento de seus interesses.

## 6. CONCLUSÃO

A relação entre o direito à autodeterminação dos povos indígenas, como compreendido na Declaração, e os direitos de participação revela-se complexa e dinâmica. Ambos os direitos possuem a natureza de direitos coletivos políticos e ambos têm a finalidade de assegurar aos povos indígenas um grau de autonomia para garantir sua sobrevivência física e permitir a continuidade cultural e tradicional de suas instituições políticas, econômicas e sociais.

Na seção 2, buscou-se demonstrar como a ideia de autodeterminação dos povos foi modificando-se durante toda a sua trajetória no discurso político e jurídico internacional. A autodeterminação lançou-se na arena internacional como um importante princípio moral após a 1ª Guerra Mundial. Embora o então presidente estadunidense, Woodrow Wilson, não tenha conseguido inseri-lo no que viria a ser a carta constitutiva da Liga das Nações, alguns traços do mapa europeu naquele contexto renderam atenção à reivindicação de alguns povos pela autodeterminação. O desenvolvimento do sistema de minorias significava igualmente a preocupação política com certos grupos a que não foram reconhecidos a titularidade de um Estado próprio, mas que representavam significativas distinções culturais quando comparados com a sociedade dominante dos Estados em que viviam. O caso das Ilhas Aaland reflete o entendimento que vigorava no entreguerras sobre o status da autodeterminação dos povos.

Com a consolidação da Organização das Nações Unidas (ONU), a autodeterminação dos povos foi explicitamente reconhecida na Carta que constitui essa organização, firmando-se, pela primeira vez, como uma norma positiva de direito internacional. O seu desenvolvimento no contexto onusiano esteve fortemente relacionado à independência das ex-colônias europeias que se situavam no além-mar, isto é, fora dos marcos territoriais das metrópoles. A tentativa do governo belga, por meio da “tese belga”, em estender a proteção contida no Capítulo XI da Carta da ONU a povos aborígenes que se encontravam no interior dos Estados independentes foi recebida com suspeita pelos Estados recém-emancipados, e não conseguiu convencer os membros das Nações Unidas. Preponderou, portanto, a tese da “água salgada”, em que o direito à autodeterminação foi estendido apenas às ex-colônias europeias do além-mar.

Contudo, a existência de uma relação entre acesso a governo por vias democráticas e autodeterminação poderia ser inferida da Resolução n. 2625 (XXV) da Assembleia Geral da ONU. A inclusão do direito à autodeterminação nos dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos reforça o argumento de que esse direito não se esgotaria na descolonização conduzida pela ONU principalmente nas décadas de 1960 e 1970, mas teria aplicação universal.

Em uma leitura contemporânea e pós-colonial, o direito à autodeterminação tem se caracterizado como um mecanismo que pretende facilitar e abrir canais de acesso ao governo para grupos intraestatais que, embora reivindiquem e possam eventualmente ser caracterizados como povos, tendem a ser marginalizados ou reduzidos na sua capacidade de influência política.

A Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas amolda-se a esse novo contexto do direito à autodeterminação. Embora mantenha o respeito à integridade territorial, como ocorreu com as Resoluções da Assembleia Geral da ONU predecessoras, ela busca atribuir uma autonomia aos povos indígenas. Essa autonomia, fenômeno que tem sido caracterizado como internalização ou, de um ponto de vista mais crítico, como a domesticação da autodeterminação, tem como resultado conferir aos povos indígenas diversos direitos vis-à-vis o Estado. A autodeterminação surge como um instrumento voltado a defender suas culturas e as posses imemorais que possuem sobre determinado território contra um histórico de exploração indiscriminada e autoritária, cuja repercussão é a desintegração das comunidades indígenas e a assimilação forçada desses povos à sociedade dominante.

Na seção 3, foram examinadas as dificuldades enfrentadas pelo direito internacional para oferecer definições seguras sobre coletividades que não se organizam como Estado, entre as quais se incluem os povos indígenas e as minorias, assim como se expôs as instituições existentes voltadas para a proteção dos povos indígenas.

Povos indígenas, segundo o direito internacional, são compreendidos principalmente a partir de dois critérios: o subjetivo e o objetivo. O critério subjetivo decorre da autoidentificação do grupo como indígena, e o critério objetivo demanda a verificação de certas características do grupo como, *inter alia*: a distinção cultural em relação ao restante da sociedade; um vínculo cultural e espiritual com determinado território; o caráter politicamente minoritário e não-dominante em relação ao Estado em que se encontram; alguma ideia de continuidade histórica e imemorial com grupos que

se localizavam no território. Apesar desses critérios servirem como diretrizes importantes, o reconhecimento de um grupo indígena possui frequentemente um caráter relacional e intersubjetivo entre esses povos, o Estado e a sociedade internacional.

Mais complexas são as distinções relacionadas às minorias étnicas. A existência de fronteiras conceituais tênues entre esses dois grupos e o fato de o direito internacional favorecer os povos indígenas do ponto de vista do reconhecimento de direitos e espaços institucionais têm levado à pressão para grupos que antes se definiam como minorias étnicas queiram agora se afirmar como povos indígenas.

Atualmente, podem-se compreender três sub-regimes voltados à proteção dos povos indígenas. O sub-regime construído no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em que figura como protagonista a Convenção n.º 169, é o único a contar com um tratado que regulamente especificamente o direito dos povos indígenas. O direito internacional dos direitos humanos, a partir da prática de órgãos de tratados do Sistema ONU (*treaty-bodies*) e de decisões dos sistemas regionais, tem sido uma das principais fontes de avanços sobre os direitos dos povos indígenas quanto à aplicação dos direitos, tanto em um âmbito mais genérico como em resolução de conflitos particulares. O sub-regime em desenvolvimento no âmbito institucional das Nações Unidas, principalmente em razão da prática de seus três órgãos (a Relatoria especial sobre Direitos dos Povos Indígenas; o Fórum Permanente sobre Questões Indígenas; e o Mecanismo Especialista sobre Direitos dos Povos Indígenas), é responsável por aprofundar e conferir visibilidade aos direitos dos povos indígenas na estrutura da ONU.

Os direitos de participações, compreendidos como o dever de consulta aos povos indígenas para que sejam ouvidos em processos decisórios coletivos capazes de afetar seus interesses, foram analisados na seção 4, a partir dos três sub-regimes descritos. Os direitos de participação têm se refletido principalmente em questões relacionadas aos direitos territoriais dos povos indígenas. Dito de outro modo, eles tem se sobressaído quando o que está em jogo é a utilização das terras e dos recursos naturais reconhecidos aos povos indígenas.

Com previsão tanto na Convenção n.º 169 da OIT como na Declaração, possuindo essa última aproximadamente um quarto de suas disposições destinadas a prover algum nível de consulta, há divergências quanto alguns aspectos dos direitos de participação, que recaem, principalmente, na necessidade de se obter o consentimento como condição de validade do procedimento de consulta. Porém, todos os sub-regimes



ênfatizam a necessidade de ambas as partes conduzirem o procedimento de consulta de maneira comprometida e de boa-fé, esforçando-se em alcançar um acordo que pode ser benéfico tanto para a sociedade dominante como para os povos indígenas.

Os direitos de participação extrapolam as relações entre os povos indígenas e os Estados para também serem observados no que aqui se considerou como arranjos intergovernamentais, cujas decisões são capazes de influenciar e afetar os povos indígenas. Como exemplos, demonstrou-se que essas reivindicações têm sido articuladas principalmente sobre fóruns e programas relacionados ao meio ambiente – como, por exemplo, a UN REDD+ – e em instituições financeiras internacionais responsáveis pelo financiamento de projetos de desenvolvimento, como o Banco Mundial.

A seção 5 teve como proposta oferecer marcos teóricos para entender o papel do direito internacional na realização dos direitos de participação, estabelecendo sua relação com o direito à autodeterminação dos povos.

A preeminência do direito à autodeterminação dos povos e dos direitos de participação se afirma diante de projetos de investimento e exploração econômica sobre recursos naturais existentes em terras indígenas. Embora normalmente justificados pela necessidade de “desenvolvimento econômico” dos países em que são levados a cabo – o que, por vezes, poderá ser realmente o caso –, eles não têm beneficiado da mesma maneira os povos indígenas, quando muito não resultam na desestruturação das suas comunidades e na deterioração de sua situação socioeconômica.

É nessa perspectiva que o direito à autodeterminação e os direitos de participação podem ser percebidos como direitos voltados ao reequilíbrio de deliberações sobre projetos de exploração econômica que, do ponto de vista dessas comunidades, podem ameaçar a existência e coesão do grupo. A partir da confluência da carga normativa de ambos os direitos, os Estados e demais atores envolvidos são obrigados a se sentarem em uma mesa de negociação, para que possam ser discutidos os termos do projeto, elaborados os estudos de seu impacto, adotadas as medidas capazes de mitigar os danos e negociado um acordo que beneficie principalmente a comunidade afetada pela sua implementação.

Nesse sentido, a força desses direitos está em produzir um engajamento entre o Estado e os povos indígenas. Na medida em que esse engajamento tem como efeito a redistribuição do poder econômico e político (pois o Estado já não é mais o

monopolizador da condução do processo), ele pode ser caracterizado como de natureza constitucional e deve se assentar sobre as bases fundamentais do reconhecimento mútuo e do consentimento, pois “o que toca a todos, deve ser decidido por todos”.

Nessa mesma linha, esses direitos políticos coletivos também assumem uma feição nitidamente contramajoritária, pois buscam oferecer a um setor não-dominante da sociedade um conjunto de armas para conter decisões que são tomadas majoritariamente – seja pelo parlamento, seja por um Poder Executivo que controla o Estado. O direito internacional, que foi se expandindo a partir da metade do século XX para reconhecer direitos a esses grupos, surge como mais uma fronteira no plano normativo para a sua proteção. Sua mensagem é clara: os Estados tem o dever *de negociando* com os povos indígenas que se encontram sob sua jurisdição e estarão sujeitos ao escrutínio dos órgãos internacionais a partir de regras jurídicas internacionalmente aceitas.

Todavia, como buscamos demonstrar, o conteúdo do direito à autodeterminação e dos direitos de participação segue sendo um foco de disputas e, nesse sentido, permanecem em construção e como objeto de negociação. No caso dos direitos de participação, os contornos da sua implementação acabam por exibir um caráter contextual, pois é principalmente no contexto particular que se poderá definir: (i) a quem incumbe a representação de uma determinada comunidade ou povo indígena; (ii) se o consentimento prévio, voluntário e informado assumirá um caráter imprescindível (o que pode ser o caso, se as medidas estatais ameaçarem a própria sobrevivência do grupo); (iii) como será realizado o equilíbrio entre os direitos dos povos indígenas e da sociedade dominante que os circundam.

Os desafios emergem para todos os participantes do processo: os povos indígenas, os Estados, os arranjos intergovernamentais e atores privados que querem se ver beneficiados pela implementação de alguma medida. Do mesmo modo, o comprometimento com um processo decisório, que leve a uma negociação concertada, também deve ser demonstrado por todos os participantes.

Longe de se constituírem como uma mera garantia formal, o direito à autodeterminação e os direitos de participação significam uma oportunidade para a superação de desconfianças históricas e para a realização de uma sociedade que aspira ser mais plural e socialmente justa. Somente desse modo é que os Estados pós-coloniais poderão se recompor com o passado e oferecer bases democráticas mais sólidas para perseverar enquanto uma comunidade política convergente, harmônica e real do futuro.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Korir Sing'Oei. *Kenya at 50: unrealized rights of minorities and indigenous peoples*. London: Minority Rights Groups International, 2012.

ALLEN, Stephen. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards a Global Legal Order on Indigenous Rights? In: HALPIN, Andrew; ROEBEN, Volker (eds.). *Theorising the global legal order*. Portland: Hart, 2009.

ALLEN, Stephen. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 225-256.

ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights: text and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ANAYA, S. James. *Indigenous people in international law*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2004.

ANDERSON, Benedict R. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BELL, Daniel. Ethnicity and Social Change. In: HUTCHINSON, John; SMITH, Anthony D. (ed.). *Ethnicity*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 138-146.

BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. *Representações do princípio de nacionalidade na doutrina internacionalista do século XIX na construção do princípio da autodeterminação dos povos: continuidades e rupturas em um discurso liberal*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2014.

BIRINIE, Patricia; BOYLE, Alan. REDGWELL, Catherine. *International law and the environment*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BRASS, Paul R. Ethnicity groups and ethnic identity formation. In: HUTCHINSON, John; SMITH, Anthony D. (ed.). *Ethnicity*. Oxford: Oxford University Press, 1996.p. 85-90.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David P. *International Human Rights in a Nutshell*. 4 ed. St. Paul: West Publishing Co., 2009.

BURGER, Julian. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: From Advocacy to Implementation. In: ALLEN, Stephen; XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2011. P. 41-59.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Almedina: Coimbra, 2002.

CARBONELL, Miguel. La constitucionalización de los derechos indígenas en America Latina: uma aproximación teórica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, pags. 839 e segs. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=108>. Acesso em 12/10/2011.

CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law: General Course on Public International Law*. Ail-Pocket: Maubeuge, 2014.

CRAVEN, Matthew. Statehood, self-determination, and recognition. In: EVANS, Malcom D. *International law*. 4<sup>th</sup> edition. [?]: Oxford University Press, 2014.

CUNNEEN, Chris. Consensus and sovereignty: rethinking policy in the light of indigenous self-determination. In: HOCKING, Barbara Ann. *Unfinished constitutional business?: rethinking indigenous self-determination*. Canberra: Aboriginal Studies Press, 2005.

DAES, Erica-Irene. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Background and Appraisal. In: ALLEN, Stephen; XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2011a. P. 11-40.

DAES, Erica-Irene. Principal problems regarding indigenous land rights and recent endeavours to resolve them. In: EIDE, Asbjørn; MÖLLER, Jakob Th.; ZIEMELE, Ineta (ed.). *Making peoples heard: Essays on human rights in honour of Gudmundur Alfredsson*. Leiden: Nijhoff, 2011b. P. 463-484.

DANTAS, Fernando António de Carvalho. Humanismo latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: Mezzaroba, Orides (org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; [Treviso]: Fondazione Cassamarca, 2003. pags. 473-519.

DYKE, Vernon Van. The individual, the state, and ethnic communities in political theory. In: KYMLICKA, Will (org.). *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

EIDE, Asbjørn. Prevention of Discrimination, Protection of Minorities, and the Rights of Indigenous Peoples: Challenges and Choices. In: EIDE, Asbjørn; MÖLLER, Jakob Th.; ZIEMELE, Ineta (ed.). *Making peoples heard: Essays on human rights in honour of Gudmundur Alfredsson*. Leiden: Nijhoff, 2011. P. 389-407.

ERIKSEN, Thomas Hylland. *Ethnicity and nationalism: Anthropological perspectives*. 3 ed. Londres: Pluto Press, 2010.

FRANCK, Thomas M. *Fairness in International Law and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FRIEDRICH, Tatyana et al. *Manual de direito internacional do trabalho: teoria geral e prática perante a OIT*. Curitiba: Íthala, 2012.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Direito internacional e liberdade sindical: da teoria geral à necessidade de aplicação prática. In: NICOLADELI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *O Direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais*. Volume I. São Paulo: LTr, 2013, p. 20-32.

GANDIN, Luís Armando; HYPOLITO, Álvaro Moreira. Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. Entrevista com Boaventura do Sousa Santos. *Currículo sem fronteiras*, v. 3, n. 2, pp. 5-23, jul/dez 2003.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The engine room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

GEERTZ, Clifford. Primordial ties. In: HUTCHINSON, John; SMITH, Anthony D. (ed.). *Ethnicity*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

GELLNER, Ernest. *Nações e nacionalismo*. Lisboa: Gradiva, 1993.

GILBERT, Jérémie; DOYLE, Catherine. A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 289-328.

GLENN, H. Patrick. The Three Ironies of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 171-182.

GÖCKE, Katja. The Case of *Ángela Poma Poma v. Peru* before the Human Rights Committee: the concept of Free Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples' Rights. In: BOGDANDY, A. von; WOLFRUM, R. (eds.). *Max Planck Yearbook of United National Law*, Volume 14, p. 337-370.

HANNUM, Hurst. *Autonomy, sovereignty, and self-determination: the accommodation of conflicting rights*. Rev. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: International law and how we use it*. New York: Oxford University Press, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOBBS, Eric J. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

HUTCHINSON, John; SMITH, Anthony D. (ed.). *Ethnicity*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). Committee on the Rights of Indigenous Peoples. *First report*. Rio de Janeiro Conference, 2008.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). Committee on the Rights of Indigenous Peoples. *Interim report*. The Hague Conference, 2010.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). Committee on the Rights of Indigenous Peoples. *Final report*. Sofia Conference, 2012.

JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will (org.). *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

KINGSBURY, Benedict. Reconciling five competing conceptual structures of indigenous peoples' claims in international and comparative law. New York University *Journal of International Law and Politics*. Volume 34. Fall 2001. n. 1

KRASNER, Stephen D. Causas estruturais e consequências dos regimes internacionais: regimes como variáveis intervenientes. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, V. 20, Nº 42, p. 93-110, jun. 2012.

KYMLICKA, Will (org.). *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

KYMLICKA, Will. *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LACERDA, Rosane. *Os Povos Indígenas e a Constituinte – 1987/1988*. Brasília: CIMI – Conselho Indigenista Missionário, 2008.

LÂM, Maivân Clech. *At the edge of the state: indigenous peoples and self-determination*. Ardsley: Transnational Publishers, 2000.

LÂM, Maivân Clech. We the [Indigenous] Peoples of the United Nations. In: YEE, Sienho; MOR. In: Jacques-Yvan (ed.). *Multiculturalism and international law: essays in honour of Edward McWhinney*. Leiden: Nijhoff, 2009. P. 589-616.

LANGENHOVE, F. Van. *The Question of the Aborigines before the United Nations: the Belgian thesis*. Brussels: Institut Royal Colonial Belge, 1954.



LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOCKE, John. Second Treatise of Government. In: MORGAN, Michael L. *Classics of Moral and Political Theory*. Fifth edition. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2011.

MCGARRY, John; O'LEARY, Brendan. Eliminating and managing ethnic differences. In: HUTCHINSON, John; SMITH, Anthony D. (ed.). *Ethnicity*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 333-341.

MACKAY, Fergus. *A Briefing on Indigenous Peoples' Rights and the United Nations Human Rights Committee*. [S.l.]: Forest Peoples Programme, 2001.

MALEZER, Les. Permanent Forum on Indigenous Issues: 'Welcolme to the Family of the UN'. In: CASTELLINO, Joshua; WALSH, Niamh (ed.). *International law and indigenous peoples*. Leiden: Nijhoff, 2005. P. 67-85.

MANELA, Erez. *The Wilsonian Moment: Self-determination and the origins of anticolonial nationalism*. [?]: Oxford University Press, 2009.

MAZOWER, Mark. *No enchanted palace: the end of empire and the ideological origins of the United Nations*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MCKEAN, Warwick. *Equality and Discrimination under International Law*. Clarendon Press, Oxford, 1983.

MUSGRAVE, Thomas D. *Self-determination and national minorities*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

NIEZEN, Ronald. *The Origins of Indigenism: Human rights and the politics of identity*. [S.l.]: University of California Press, 2003.

ODELLO, Marco. Indigenous rights in the constitutional state. In: ODELLO, Marco; CAVANDOLI, Sofia. *Emerging areas of human rights in the 21st century: the role of the Universal Declaration of Human Rights*. Abingdon: Routledge, 2011. P. 106-127.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: un guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*. Genebra: OIT, 2009. 1 v.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. Resolução 61/295 de 13 set. 2007.

PENNINGTON, Kenneth J. Bartolome de Las Casas and the Tradition of Medieval Law. *Church History*, Vol. 39, No. 2 (Jun., 1970), pp. 149-161.

PULITANO, Elvira (ed.). *Indigenous rights in the age of the UN Declaration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

QUALE, Helen. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: New Directions for Self-Determination and Participatory Rights? ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 259-287.

RAMINA, Larissa; CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. *Segurança internacional: desenvolvimento teórico, desafios concretos e paradoxos*. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REISMAN, W. Michael. *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century: Constitutive Process and Individual Commitment: General Course on Public International Law*. Maubege: Hague Academy of International Law, 2013.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis. *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law: the ILO regime (1919-1989)*. New York: Oxford University Press, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis. The Inter-American System and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Mutual Reinforcement. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 457-483.

ROMBOUTS, S. J. *Having a say: indigenous peoples, international law and free, prior and informed consent*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2014.

ROULAND, Norbert (org.); PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMARÈDE, Jacques. *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

RUGGIE, John Gerard. International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order. *International Organization: International Regimes*, [S.l.] Volume 36, Issue 2, p. 379-415, spring, 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, junho 1997.

SCHEININ, Martin. Indigenous peoples' rights under the International Covenant on Civil and Political Rights. In: CASTELLINO, Joshua; WALSH, Niamh (ed.). *International law and indigenous peoples*. Leiden: Nijhoff, 2005a. P. 3-15.

SCHEININ, Martin. What are indigenous peoples? In: GHANEA, Nazila; XANTHAKI, Alexandra (ed.). *Minorities, peoples and self-determination: essays in honour of Patrick Thornberry*. Leiden: Nijhoff, 2005b. p. 3-13.

SCHMITT, Carl. *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europeum*. New York: Telos Press Publishing, 2006.

SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle. Treaties, peoplehood, and self-determination: understanding the language of indigenous rights. In: PULITANO, Elvira (ed.). *Indigenous rights in the age of the UN Declaration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 64-86.

SPRUYT, Hendrik. *The sovereign state and its competitors: an analysis of systems change*. Princeton: Princeton, 1996.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Making the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Work: The Challenge Ahead. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 147-170.

STRANGE, Susan. Cave! Hic Dragones: A critique of regime analysis. *International Organization: International Regimes*, [S.l.] Volume 36, Issue 2, p. 479-496, spring, 1982.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

SWEPTON, Lee. Indigenous peoples in international law and organizations. In: CASTELLINO, Joshua; WALSH, Niamh (ed.). *International law and indigenous peoples*. Leiden: Nijhoff, 2005. P. 53-66.

THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. Ed. Kindle. Oxford: Oxford University Press, 2014.

THORNBERRY, Patrick. *Indigenous peoples and human rights*. Manchester University Press, 2002.

THORNBERRY, Patrick. Integrating the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples into CERD practice. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra. *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 61-91.

TRASK, Mililani B. Afterword: implementing the Declaration. In: PULITANO, Elvira (ed.). *Indigenous rights in the age of the UN Declaration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 327-336.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights. In: Jacques-Yvan (ed.). *Multiculturalism and international law: essays in honour of Edward McWhinney*. Leiden: Nijhoff, 2009. P. 477-499..

TULLY, James. *Strange multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

XANTHAKI, Alexandra. The right to self-determination: meaning and scope. In: GHANEA, Nazila; XANTHAKI, Alexandra (ed.). *Minorities, peoples and self-determination: essays in honour of Patrick Thornberry*. Leiden: Nijhoff, 2005. p. 15-33.

XANTHAKI, Alexandra. *Indigenous rights and United Nations Standards: Self-determination, culture and land*. New York: Cambridge University Press, 2007.

WATERS, Anne. Indigeneity, Self-determination and sovereignty. In: HOCKING, Barbara Ann. *Unfinished constitutional business?: rethinking indigenous self-determination*. Canberra: Aboriginal Studies Press, 2005.

WATSON, Irene; VENNE, Sharon. Talking up indigenous peoples' original intent in a space dominated by state interventions. In: PULITANO, Elvira (ed.). *Indigenous rights in the age of the UN Declaration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 87-109.

WEDGWOOD, Cicely Veronica. *The Thirty Years War*; introdução por Anthony Grafton. New York: New York Review of Books, 2005.

WEISSNER, Siegfried. Indigenous self-determination, culture, and land: a reassessment in light of the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous peoples. In: PULITANO, Elvira (ed.). *Indigenous rights in the age of the UN Declaration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 31-63.

WIBERG, Hakan. Self-determination as an international issue. In: HUTCHINSON, John; SMITH, Anthony D. (ed.). *Ethnicity*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 321-326.